



# LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL» ITALIANO Y SU ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN MATERIA ECLESIASTICA

JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. «PRINCIPIOS SUPREMOS», NORMAS CONCORDATARIAS Y OTRAS FUENTES. III. SIGNIFICADO DE LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS»: LA «CONSTITUCIÓN MATERIAL». IV. «PRINCIPIOS SUPREMOS» Y SOBERANÍA ESTATAL. V. LA DETERMINACIÓN DE LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS»: INTERVENCIÓN Y COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. VI. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL CRITICABLE MODO EN QUE HA DETERMINADO LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS». VII. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. VIII. NORMAS CONCORDATARIAS Y DOCTRINA DE LAS FUENTES ATÍPICAS. IX. CONCLUSIÓN: «PRINCIPIOS SUPREMOS» Y ORIENTACIÓN POLÍTICA.

## I. INTRODUCCIÓN

Los llamados «principios supremos del Ordenamiento constitucional» fueron declarados por la Corte Constitucional italiana parámetro de constitucionalidad de los Pactos de Letrán de 1929 (rectius: de éstos una vez integrados en el ordenamiento interno italiano por obra de la Ley núm. 810 de 27 de mayo de 1929), expresamente citados por el art. 7 de la Constitución republicana de 1948<sup>1</sup>. Tal ha si-

1. El art. 7 de la Constitución republicana de 1948 establece: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti non richiedono procedimento di revisione costituzionale». He aquí una síntesis, que resumimos de F. FINOCCHIARO, sobre las diversas interpretaciones doctrinales de este precepto:

a) constitucionalización de los Pactos de Letrán (sus normas tienen rango igual a las constitucionales, o incluso superior por su carácter especial como puso de relieve algún sec-

do la declaración fundamental de la sentencia 30/1971, resolución esencial en materia concordataria y eclesiástica, a la que se hace refe-

tor doctrinal citado por A. ALBISETTI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Milán 1983, cfr. pp. 7-9; b) constitucionalización del principio concordatario (las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica han de ser reguladas concordatariamente y dicha regulación goza de la protección constitucional frente a una eventual reforma unilateral estatal por ley interna; tesis esta que llega a idénticas consecuencias que la de la constitucionalización de los Pactos, como subraya el mismo FINOCCHIARO, cfr. *Diritto Ecclesiastico*, 2ª ed., Bolonia 1988, p. 85, o S. LARICIA que habla de constitucionalización directa o indirecta: cfr. *Diritto Ecclesiastico*, 3ª ed., Padua 1986, p. 81; c) constitucionalización del principio pacticio (es la misma tesis de la constitucionalización del principio concordatario, limitada a las relaciones disciplinadas por los Pactos de Letrán y por lo tanto no gozarían de «cobertura constitucional» los acuerdos concordatarios sobre materias no incluidas en los Pactos de Letrán); d) principio «stare pactis» (introducido por el párrafo 2ª del art. 7 y relativo a cualquier acuerdo concordatario; la violación de este principio representa un ilícito en el orden internacional y un acto viciado de ilegitimidad constitucional cuando se trate de un acto normativo interno con fuerza de ley: cfr. G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Milán 1974, passim. Ténganse en cuenta las agudas observaciones de F. FINOCCHIARO sobre el poder del Estado para modificar los Pactos de Letrán no sólo en el plano del ordenamiento interno —en relación a la ley núm. 810 de 1929— sino también desde el punto de vista del ordenamiento internacional: «la ratio» di quest'ultima disposizione (art. 7, 2ª comma) sarebbe tradita qualora si ammettesse il potere del governo di denunciare i Patti nei casi consentiti dall'ordinamento internazionale. Invero, perché, com'è noto, la vigenza di un trattato internazionale nell'ordinamento interno é condizionata alla sua vigenza nell'ordinamento esterno, é necessario pensare che la disposizione dell'art. 7 abbia introdotto una specifica eccezione a questa regola», op. cit., p. 94); e) adaptación automática del ordenamiento italiano a las normas concordatarias: de ello se sigue la inconstitucionalidad de las leyes internas contrarias a aquéllas (eficacia del art. 7, 2º párrafo identificada con la del art. 10, 1 Constitución): cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Nápoles 1988 (3ª ed. reimpresión), pp. 290 ss.; f) norma sobre las fuentes.

Hemos tomado la síntesis de FINOCCHIARO —como ya hemos señalado— para resumirla y adaptarla de su op. cit., pp. 82 ss., así como del «Commento all'art. 7» in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali* (a cura di G. BRANCA), Bolonia-Roma 1975, pp. 342 ss. Este autor sostiene en estas obras que la tesis de la constitucionalización de los Pactos fue rechazada en la Asamblea constituyente por la Democracia Cristiana, opinión compartida por gran parte de la doctrina sobre la base de los debates parlamentarios: cfr. últimamente C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il sistema pattizio*, Bolonia 1988, pp. 140 ss.; sin embargo, del conjunto de las discusiones en sede constituyente podría verse afirmada dicha constitucionalización por razón de la necesaria conformidad de los Pactos con todos y cada uno de los nuevos principios constitucionales y de éstos con aquéllos, tal y como escriben G. G. FLORIDIA y S. SICARDI: «L'insistita affermazione di una concordanza «spontanea» tra Patti e Costituzione trascorre così (non impercettibilmente) in quella della loro concordanza «necessaria», che a sua volta (almeno nelle ipotesi di più netta dissonanza tra le due normative) finisce per coincidere con quella dell'efficacia derogatoria degli uni sull'altra. A questa stregua, l'accennato «revirement» registrabile nelle posizioni di parte cattolica in ordine alla costituzionalizzazione dei Patti appare assai meno sorprendente»: *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato* en «Giurisprudenza costituzionale» 1989, pp. 1087-1088, nota 3. El contraste advertido ya en la Asamblea constituyente entre los Pactos de Letrán y el texto constitucional lleva a T. MARTINES a apuntar que la solución idónea hubiera si-

rencia en cualquier pronunciamiento posterior de la Corte Constitucional, relativo a las fuentes concordatarias<sup>2</sup>. Colaianni ha afirmado que, con independencia de otras cuestiones de más amplio vuelo —como la identificación de los «principios supremos» con la llamada «constitución material»—, parece ser una vía práctica para resolver el problema consistente en la contrariedad de normas con aparente e igual rango constitucional<sup>3</sup>.

## II. «PRINCIPIOS SUPREMOS», NORMAS CONCORDATARIAS Y OTRAS FUENTES

Pero entremos ya en el estudio de la jurisprudencia constitucional. La introducción de esta categoría lógico-jurídica de los «principios supremos» se ha hecho en estos términos:

«É vero che questo articolo (7 Cost.) non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo, ha prodotto diritto; tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posi-

do incluir en el art. 7 una «cláusula de adecuación» de los primeros a los segundos como compromiso, constitucionalmente adquirido, de llevar a cabo una labor de armonización por vía bilateral o eventualmente unilateral, cfr. *Profili costituzionali e pronunce della Corte costituzionale nella materia matrimoniale concordataria* en «La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama», Milán 1988, pp. 54-55.

2. Cfr. por todos, P. BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria*, en «Il Diritto Ecclesiastico» 1971, p. 31; S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali*, en «Il Diritto Ecclesiastico» 1971, pp. 328-329, etc. G. CATALANO sostiene que esta declaración ha permitido a la Corte Constitucional no examinar a fondo el sentido de la referencia a los Pactos en el art. 7 y el ámbito de la protección constitucional dispensada por dicho precepto, cfr. op. cit., p. 118.

3. Cfr. *Un Concordato senza glosse: la rimozione di un problema*, en «Politica del Diritto» 1982, p. 308. Efectivamente, la contrariedad entre ciertas normas de los Pactos de Letrán y de la Carta de 1948, fue puesta de relieve en la misma Asamblea Constituyente: cfr. nota (1) in fine. Pero puestos a ver las cosas con sentido práctico, no deja de ser absolutamente cierta la observación también práctica de O. FUMAGALLI CARULLI: que la Corte Constitucional ha consentido, por tanto, durante cerca de treinta años la frecuente y continua violación de los llamados «principios supremos del ordenamiento constitucional», cfr. *Sentenza ecclesiastiche di nullità matrimoniale e limiti alla loro efficacia civile*, en «Il Diritto Ecclesiastico» 1977, p. 237.



zione reciproca di indipendenza e sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato» (sentencia 30/1971).

Es destacable que no se ofrece ninguna explicación sobre la existencia y el fundamento de tales principios. En efecto, la Corte Constitucional parece referirse a una categoría normativa conocida, debidamente considerada en alguna resolución precedente en cuanto a su entidad jurídica, cuando lo cierto es que únicamente había sido abocetada en la sentencia 98/1965 en materia de Derecho comunitario<sup>4</sup>.

Es así mismo cierto que tal categoría ha sido confirmada posteriormente por la Corte en relación al Derecho comunitario (cfr. sentencias 183/1973 y 170/1984) y a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas, por utilizar la expresión del art. 10, primer párrafo de la Constitución italiana<sup>5</sup>. Tanto las normas del

4. Sentencia esta, núm. 98/1965, expresamente citada por la 30/1971 en relación al concepto de jurisdicción especial interna por oposición al de jurisdicción externa cuyos actos tienen eficacia en el orden jurídico interno —ya la jurisdicción canónica, ya la de las Comunidades Europeas—. Pero sobre la cuestión de los «principios supremos», la sentencia 98/1965 estableció que los derechos inviolables del hombre, reconocidos por la Constitución italiana, representaban un límite a la eficacia del Derecho comunitario en Italia y a lo que M. MAZZIOTTI añadió que «lo stesso sembra potersi dire dei principi costituzionali in genere, giacché la Corte per giustificare l'esclusività della competenza della Corte di giustizia delle Comunità, si è preoccupata di rilevare che essa non contrasta con i principi anzidetti. Potrebbe dunque sostenersi che questi, e i diritti dell'uomo in particolare, formano un limite d'ordine pubblico costituzionale»: cfr. comentario de la sentencia de 16 de diciembre de 1965, en «Giurisprudenza costituzionale» 1965, p. 1336. Esta sentencia 98/1965 volverá a ser citada por la 18/1982, también sobre las fuentes concordatarias. Algún autor ha querido ver una imprecisa —pero cierta— aceptación de la noción de «principios supremos del ordenamiento constitucional en la jurisprudencia de la Corte constitucional sobre situaciones de emergencia, cfr. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1983, pp. 592 ss. Este A. cita las sentencias 106/1962, 3/1976 y 15/1982 en las que se afirma legítima la suspensión de normas constitucionales por leyes ordinarias, a causa de la situación de emergencia y con carácter temporal y porque permanecerían los valores constitucionales fundamentales; ya que no se trata de la suspensión de normas constitucionales consideradas fundamentales (por aquí es por donde aparecen los «principios supremos», aunque de un modo tangencial). También lo recoge R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Bologna 1989 cfr. pp. 42 ss.

5. Art. 10, 1º párrafo: «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Ha sido atribuido rango constitucional a tales normas internacionales en las sentencias 67/1961, 135/1963, 48/1967 y 69/1976. Recordemos que la celebración por Italia de los tratados fundacionales de las Comunidades europeas se ha considerado por la Corte constitucional autorizada por el art. 11 de la Constitución:



ordenamiento comunitario como las del Derecho internacional generalmente reconocidas quedan sujetas, para su validez en el ordenamiento interno italiano, a la necesaria conformidad con los principios fundamentales de éste y con los derechos inalienables del hombre por él reconocidos<sup>6</sup>.

Dos observaciones deben ser hechas: que los «principios fundamentales» y los «derechos inalienables del hombre» corresponden a rúbricas de la Carta constitucional de 1948, a saber, los artículos 1 a 12 y 13 a 54, respectivamente, lo que no sucede con los llamados «principios supremos del ordenamiento constitucional» que no se

«L'Italia (...), consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce la organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»; y esto desde la sentencia 14/1964: cfr. G. CATALANO, *Portata dell'art. 11 Cost. in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, en «Foro italiano», 1964, pp. 465 ss.; M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'E. N. E. L.*, en «Giurisprudenza costituzionale», 1964, pp. 448 ss.

6. Sobre el Derecho comunitario, cfr. P. MENGOSI, *Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra Diritto italiano e Diritto comunitario?*, en «Rivista di Diritto internazionale», 1974, pp. 723-724, y sobre las tres etapas apreciables en la jurisprudencia de la Corte constitucional, cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 3ª ed. Nápoles 1988, pp. 305 ss.: la primera etapa —sentencias 14/1964 y 98/1965— considera que los tratados fundacionales pueden ser modificados por leyes internas posteriores; la segunda —inamparada por la sentencia 232/1975 y confirmada por las 205/1976 y 163/1977— sostiene que la violación del Derecho comunitario por leyes internas supone una violación indirecta del art. 11 de la Constitución y hace por tanto inconstitucionales tales normas, cfr. A. CASESE, *Commento all'art. 11*, en «Commentario della Costituzione», op. cit., pp. 584-585, y adolece de ciertas insuficiencias claras sobre la aplicabilidad directa de las normas comunitarias «self-executing» por los jueces italianos: cfr. por todos V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, 5ª ed., Padua 1984, p. 148. Finalmente la tercera etapa —iniciada con la sentencia 170/1984 y continuada en las 47/1985, 48/1985, 113/1985, 286/1986, etc.— que acepta la aplicabilidad directa de ciertas normas comunitarias, cfr. P. MENGOSI, *Casi e materiali di Diritto delle Comunità europee*, Bologna 1986, p. 16. En cuanto a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas, cfr. B. CONFORTI, op. cit., pp. 290 ss.: el autor distingue dos etapas en la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho internacional consuetudinario, la primera de ellas —sentencias 67/1961, 135/1963, 48/1967, 69/1976— en la que otorga a dichas normas rango constitucional (toda ley interna posterior y contraria a ellas adolece de inconstitucionalidad) e incluso prevalecen sobre cualquier otra norma inconstitucional en virtud del principio de especialidad. La segunda etapa comienza con la sentencia 48/1979: la Corte constitucional ha distinguido entre normas consuetudinarias anteriores a la Constitución de 1948 y a su art. 10, 1º párrafo —que no conocen límite alguno para desplegar su eficacia en el ordenamiento jurídico italiano— y las posteriores, que deben respetar los «valores fundamentales constitucionalmente tutelados», por lo que, de ser contrarias a los mismos, se reputarán inconstitucionales: cfr. del mismo B. CONFORTI, *Corte costituzionale e ordinamento internazionale*, en «Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia», Bologna 1982, pp. 384-385.

han sancionado positivamente bajo tal rúbrica por el constituyente; y en segundo lugar, que ambas expresiones parecen designar, sin embargo, un mismo concepto, lo que resultaba claro a la luz de las resoluciones de la Corte constitucional, siquiera fuese por el sentido funcional de tales «núcleos» normativos en cuanto parámetros de constitucionalidad de normas como las concordatarias de los Pactos de Letrán, consuetudinarias y principios generales internacionales y de las Comunidades europeas, cuya relación con el Derecho interno italiano quedó disciplinada «ex» artículos 7, 10 y 11 de la Constitución respectivamente<sup>7</sup>.

Sobre lo último, la Corte constitucional se pronunció abiertamente, para manifestar tal identidad, en la sentencia 1146/1988:

«Questa Corte, del resto ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare «copertura costituzionale» fornita dall'articolo 7. comma 2 Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai 'principi supremi dell'ordinamento costituzionale' (v. sentt. núm. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del trattato C.E.E. può essere assoggettata al sindacato di questa Corte «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana» (v. sentt. nm. 183 del 1973, 170 del 1984).» (considerando 2,1)<sup>8</sup>.

7. Así había sido puesto de relieve por la doctrina tanto internacionalista como eclesialista: cfr. en la primera, P. MENGOZZI, *Sovranità dello Stato, ordine pubblico, come limite al riconoscimento di sentenze canoniche di nullità matrimoniale e l'Accordo del 18 febrero 1984 di modificazione del Concordato lateranense*, en «Quaderni di Iustitia» n. 37. I nuovi accordi fra Stato e Chiesa. Prospettive di attuazione, Roma 1986, pp. 152-153; entre los segundos, cfr. S. LARICIA, *Nuove soluzioni al problema degli effetti civili del matrimonio canonico*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 459; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, p. 97; A. ALBISETTI, op. cit., pp. 97 ss.

8. Lo que supone negar que el concepto de «principios supremos del ordenamiento constitucional» fuera insólito y sin precedentes jurisprudenciales, como vinieron sosteniendo algunos autores: cfr. P. MONETA, *Effetti della giurisprudenza della Corte costituzionale sul sistema concordatario (con particolare riferimento alla legge matrimoniale)*, en «Il Diritto ecclesiasti-



Esta perfecta equiparación ha sido confirmada por la sentencia 203/1989, que ha reproducido en su considerando 3, párrafo 1º, el fragmento que acabamos de transcribir de la sentencia 1146/1988.

co» 1975, p. 109; R. PASCALI, *Diritto ecclesiastico e principi supremi*, en «Studi di Diritto ecclesiastico e canonico», Nápoles 1981, p. 292; B. CRISALLI, *Matrimonio concordatario del minore non autorizzato ex art. 84 C. c. ed illegittimità della trascrizione*, en «Il Diritto di famiglia e della persone» 1982, p. 739, etc. También queda excluida la diferencia que entre ambos conceptos advirtieron algunos autores como R. NANIA, cfr. *Concordato e principi supremi della Costituzione*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, pp. 255-257, en relación al Derecho comunitario y al Derecho concordatario y a los «principios supremos» y a «principios fundamentales y derechos inalienables de la persona humana». Es cierto que nada se dice de las costumbres y de los principios generales del Derecho internacional, reconocidos por el art. 10, 1 Cost., y de su parámetro de constitucionalidad, si son posteriores a 1948, consistente en los «valores constitucionales» —tal y como ha afirmado la Corte constitucional—, pero hay que interpretar que se trata de un error por omisión ya que como ha explicado F. FINOCCHIARO los «principios supremos» —como parámetro de legitimidad constitucional—; tienen el mismo significado sea considerados desde la concepción dogmática («principios ideológicos fundamentales»), sea desde la concepción institucionalista («valores fundamentales»): cfr. *La competenza della Corte costituzionale rispetto alle leggi costituzionali e alle leggi di esecuzione di trattati internazionali*, en «Giurisprudenza italiana» 1983, IV, pp. 18-19. Pero sobre esta cuestión habremos de volver más adelante. Obsérvese cómo en el fragmento citado de la sentencia 1146/1988 de la Corte constitucional italiana se afirma la existencia de una jerarquía entre normas constitucionales y se afirma directamente, no como premisa implícita de la existencia de un parámetro de constitucionalidad de las normas concordatarias consistente en los «principios supremos»: esta afirmación obedece a una construcción dogmática del alto tribunal, puesto que dicha jerarquía no resulta de la legalidad positiva de la Carta italiana de 1948, si se hace excepción de la cláusula de intangibilidad del art. 139 que prohíbe la revisión de la forma republicana de gobierno. Sin embargo, en la Constitución española de 1978 sí cabe encontrar una distinción jerárquica de normas constitucionales, sobre la base de los diferentes procedimientos de revisión constitucional establecidos por los arts. 167 y 168, menos y más agravado, respectivamente. Efectivamente, por razón del último precepto parecen alzarse como normas constitucionales superiores al resto de las constitucionales las contenidas en los títulos preliminar, I cap. 2, sección 1ª y II. Tal gradación jerárquica fue puesta de relieve por A. PREDIERI, *El sistema de las fuentes del Derecho*, en «La Constitución española de 1978», Madrid 1988, reimpresión de la 2ª edición de 1988, cfr. pp. 208 ss, donde distingue entre fuentes constitucionales fundamentales y fuentes constitucionales ordinarias; también apuntó la falta de regulación de un control de constitucionalidad de normas constitucionales ordinarias que modifiquen normas del mismo rango, así como en relación con las fundamentales: cfr. op. cit., pp. 200-211. Conviene señalar que la tajante afirmación de PREDIERI no tuvo carácter de lugar común ya que al faltar una explícita declaración del texto constitucional sobre la diversidad de rango, según el principio de jerarquía normativa reconocido por el art. 9, 3, de las normas contenidas en él, la doctrina utilizó expresiones que denotaban esa gradación pero no la declaraban abiertamente: así, L. SÁNCHEZ AGESTA reconocía en el texto constitucional «dos niveles» de acuerdo con la distinción marcada por los arts. 167 y 168, cfr. *La jerarquía normativa en la Constitución española de 1978*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», vol. III, Madrid 1979, p. 1901. F. RUBIO LLORENTE señaló que las normas relativas a los derechos fundamentales «constituyen la parte más importante de la Constitución como fuente del Derecho»: *La Constitución como fuente del Derecho*, en «La Constitución espa-

Resultaba claro que esta concepción de los «principios supremos» se correspondía perfectamente con la concepción dualista de la relación entre Derecho interno y Derecho internacional, puesto que la Corte constitucional había recurrido a los mismos siempre en materia de ordenamientos externos, a saber, Derecho concordatario, Derecho comunitario y Derecho internacional consuetudinario, entendiendo aquí por externos, ordenamientos distintos del interno en sentido estricto<sup>9</sup>.

ñola y las fuentes del Derecho», vol. I, p. 64; o J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, aproximándose más a concepciones a las que nos referiremos más adelante decían: «En toda Constitución existen dos órdenes de cuestiones: unas de vital importancia que suponen la concreción jurídica de los grandes principios de la sociedad política y otras de segundo orden, normas técnicas cuya cristalización constitucional no afecta decisivamente a la estructura y estabilidad políticas. Por ello es oportuna la existencia de dos sistemas de reforma constitucional atendiendo a la materia a reformar», *El régimen constitucional español*, vol. I, Madrid 1984 (3ª impresión). Lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha adherido a la tesis de la gradación jerárquica de las normas constitucionales, pero en estos términos escasamente contundentes también utilizados por la mayoría de la doctrina científica: en la sentencia 66/1985, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la ley de supresión del recurso previo de inconstitucionalidad, y aceptando —en esto— la tesis del recurrente, se dice: «mayor valor que la Constitución atribuye a los derechos fundamentales (...) El punto de partida del razonamiento, el «mayor valor» de los derechos fundamentales, resulta, sin duda, correcto» (fundamento jurídico 5). Está relativamente extendida también la vieja tesis de la superioridad jerárquica de las normas relativas a la revisión constitucional, que no son aplicables a sí mismas; por todos, cfr. F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Comentarios a la Constitución* dirigidos por F. GARRIDO FALLA, Madrid 1985 (2ª edición), p. 2391 (comentario a los arts. 167-168).

9. La concepción dualista de la relación entre Derecho interno y Derecho internacional es la tradicional en la doctrina italiana, postura que quedó perfectamente reflejada en la redacción del art. 10 en la Constitución republicana de 1948, cfr. A. CASSESE, *Commento all art. 10*, en «Commentario alla Costituzione», op. cit., pp. 480-481 (prefacio) y 485. En ese precepto se manifiestan, de acuerdo con este autor, tres carencias de relieve: a) no se prohíben las leyes ordinarias u actos normativos con fuerza de ley e infralegal contrarios a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de los que Italia sea parte —lo que sí sucede, al menos implícitamente, en el art. 96, 1 de la Constitución española de 1978—; b) no es necesaria la autorización parlamentaria para la denuncia de los tratados para cuya celebración sí fue necesaria —lo que viene exigido por el art. 96, 2 de la Constitución española, extremo muy criticado por algún distinguido internacionalista como J. PUENTE EGIDO, cfr. *Los acuerdos entre España y la Santa Sede dentro del sistema constitucional español: su valor como tratados internacionales*, en «Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado», Madrid 1988, p. 20 y *La celebración de tratados internacionales*, en «Mélanges offerts à Paul Reuter», París 1981, p. 421—; c) no se establece la adaptación automática del ordenamiento italiano a los tratados internacionales —los arts. 1, 5 del Código civil español y 96, 1 de la Constitución exigen la publicación oficial en España de los tratados internacionales para su integración en el ordenamiento interno, lo que ha sido interpretado como un sistema «dualista y razonable», cfr. J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, 3ª ed., Madrid 1989, p. 185, pero que no deja de ser muy



Pero lo cierto es que, como ha subrayado Bartole, desde la última sentencia citada, la 1146/1988, la Corte constitucional ha declarado la aplicabilidad de tales principios como parámetros de constitucionalidad de leyes constitucionales puramente internas<sup>10</sup>:

discutible como explica el citado Puente Egido en aquellos trabajos—. Tales deficiencias propias de una rígida tesis dualista fueron puestas de manifiesto en la relación de los profesores AGO y MORELLI a la Subcomisión de la Comisión para los estudios relativos a la reorganización del Estado, del Ministerio de la Constituyente, pero no fueron tomadas en cuenta. La tesis dualista es además la tradicional en la jurisprudencia italiana, mantenida a la luz del art. 10 por la Corte constitucional con la consecuencia de permitir la modificación en el orden interno de una norma internacional convencional por una ley unilateral italiana: cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, p. 295 quien subraya la uniformidad de la jurisprudencia sobre este particular. G. SPERDUTI, que ha sostenido siempre la inderogabilidad de los tratados por leyes internas (cfr. *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, en «Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye», 1976, V, pp. 319 ss. y *Lo Stato di diritto e il problema dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno*, en «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1982, pp. 20 ss.) ha intentado apoyar recientemente tal tesis a falta de otra base positiva en el Derecho italiano precisamente en la noción de «principios supremos del ordenamiento constitucional», entre los que se encuentra, según dicho autor el principio «pacta sunt servanda»: cfr. *Trattati internazionali e leggi dello Stato*, en «Scritti in onore di Egidio Tosato», vol. IV, Milán 1984, pp. 436 ss. y *Per una revisione di concetti sull'efficacia del diritto comunitario e del diritto dei trattati in Italia*, en «Studi in memoria de Gian Carlo Venturini», Milán 1984, pp. 412 ss.

10. «La Corte, cioè, non ritiene di dover limitare la sua competenza agli atti-fonte con forza di legge, subordinati al livello costituzionale, ma la allarga anche alle leggi di revisione costituzionale e alle altre leggi costituzionali non solo per vizi formali, e quindi anche per quelli sostanziali, derivanti da inosservanza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (...). La Corte intende erigersi a giudice della fedeltà dell'ordinamento ai suoi valori fondamentali anche nei confronti di atti che, in quanto autorizzati a procedere alla revisione della Costituzione, sembrerebbero anche facultizzati a discostarsi da quei valori»: S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1988, p. 5572. Por lo que concierne a la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional no ha declarado en su jurisprudencia un «núcleo» esencial, semejante al de los «principios supremos» del ordenamiento constitucional italiano; lo que sí ha hecho es insistir en la supremacía de la Constitución, como ley superior y fundamental, «norma cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico» (sentencia 9/1981, fundamento jurídico 3). Como se puede apreciar el Tribunal Constitucional otorga a la Constitución la calidad de norma que encierra el sentido del «régimen» político por ella establecido, pero no llega a afirmar la existencia de un «núcleo» en el que se resuma esa función y ese sentido, ya sea positivizado por la norma, ya sea localizable mediante una construcción hermenéutica; la noción de supremacía es recurrente en la jurisprudencia del alto Tribunal: cfr. sentencias 50/1984, 42/1985, etc. Sobre la noción de supremacía, por todos cfr. M. ARAGÓN REYES, *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, en «Revista de Estudios Políticos» 1986, pp. 9-30; en dicho artículo, el A. distingue entre supremacía política de la Constitución y, supremacía legal como trasunto de dos esferas distintas también: la política y el Derecho. La supremacía es una cualidad políti-

«La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali (...). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» (considerando 2,1).

Tal actitud supone un cambio destacable en la postura inicial de la Corte limitada a enjuiciar la constitucionalidad de normas procedentes de ordenamientos externos con la medida de los «principios supremos del ordenamiento constitucional», como puso de manifiesto cuando se trató de una ley constitucional como el Estatuto de la Región siciliana, aprobado por Ley constitucional de 26 de febrero 1948 núm. 2<sup>11</sup>.

ca que el A. juzga inherente al concepto de Constitución, cfr. p. 23, mientras que la suprallegalidad es la garantía jurídica de la supremacía, se cifra en el establecimiento de un procedimiento especial de revisión constitucional (rigidez) como principal consecuencia y no resulta indispensable para la Constitución: cfr. pp. 24 ss. Cita como ejemplo de esto último la Constitución inglesa, con incuestionable supremacía y sin rango suprallegal, cfr. pp. 29-30, extremo y ejemplo sobre los que coincide HERRERO DE MIÑÓN, *En torno a la aplicación de la Constitución*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», Madrid 1979, vol. II, p. 1226.

11. Efectivamente, dicha Ley constitucional fue de conversión del Real Decreto-Ley de 15 de mayo de 1946, n. 455, que aprobó el Estatuto de la Región Siciliana, antes por lo tanto de la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1948, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padua 1984, p. 82. La Corte en sus sentencias de 9 marzo 1957, n. 38 y de 22 enero 1970, n. 6 anuló ciertos artículos del Estatuto pero no en términos de inconstitucionalidad —para evitar una declaración formal de inconstitucionalidad de una ley constitucional, cfr. S. BARTOLE, op. cit., p. 5. 573—, sino de derogación del primitivo Real Decreto-Ley preconstitucional: cfr. F. FINOCCHIARO, *La competenza della Corte costituzionale rispetto alle leggi costituzionali e alle leggi di esecuzione dei trattati internazionali*, en op. cit., p. 19; C. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia 1988, p. 120. La Corte sostuvo la tesis de que la ley constitucional de febrero de 1948 había conferido fuerza constitucional al Estatuto siciliano pero únicamente en aquellos preceptos que no hubieran sido derogados por la Constitución previamente a su entrada en vigor el 1º enero 1948, cfr. V. CRISAFULLI, op. cit., p. 228.



### III. SIGNIFICADO DE LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS»: LA «CONSTITUCIÓN MATERIAL»

Mas hemos de volver al significado mismo de los «principios supremos del ordenamiento constitucional» que hay que relacionar, de modo ineludible, con la concepción de la «constitución material» de Mortati. He aquí el enunciado de la misma:

«La distinzione desumibile dal diverso contenuto delle norme racchiuse nel testo costituzionale è rilevante a vari effetti. Uno di questi si riferisce alle modifiche costituzionali: mentre le norme che attengono alla materia tipica (o almeno alcune di esse) incontrano limiti derivanti dalle esigenze di conservazione del regime, ciò non si verifica per le altre. Le norme assolutamente immodificabili, formando il contenuto di quella che si potrebbe chiamare una «supercostituzione» (che per noi si identifica con la costituzione materiale), occupano un grado gerarchico superiore alle altre che invece sono suscettibili di essere mutate ad opera degli organi che sono a ciò competenti»<sup>12</sup>.

12. Citamos la última versión del autor, en *Istituzioni di Diritto pubblico*, vol. 1, Padua 1975 (9ª edición), pp. 329-330. Se debe consultar también el artículo *Costituzione (Dottrine generali)*, en «Enciclopedia del diritto», vol. XI, Milán 1962. V. CRISAFULLI pone de manifiesto la filiación de la doctrina de la «constitución material» —como núcleo esencial que da sentido al régimen político de que se trate, que es absolutamente inmodificable, que ocupa el grado jerárquico superior entre las normas constitucionales— respecto de la distinción establecida por Carl SCHMITT —en quien se inspira Costantino MORTATI— en su obra *La defensa de la Constitución* (publicada en España en 1931 traducida del alemán) entre «Constitución» y «Leyes constitucionales»: la primera es el conjunto de decisiones políticas fundamentales, que resultan inmodificables por las segundas, meramente plasmadas como normas en la Carta, pero sin el significado político de la primera. CRISAFULLI recuerda abiertamente esta relación, cfr. *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. I, *Introduzione al Diritto costituzionale italiano*, Padua 1970 (2ª edición ampliada), pp. 100 ss. Es muy extendida entre la doctrina la concepción que afirma la existencia de ese núcleo irreductible, fruto inalterable de la voluntad del poder constituyente; en la doctrina alemana, por todos, cfr. K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid 1987, pp. 324 ss. El A. lo afirma de modo general teórico, sobre la base de las tesis de SCHMITT, para aplicarlo también a la Ley Fundamental de Bonn, cfr. pp. 266 ss. y 324 ss. En la doctrina española, son sostenedores en el plano teórico de esta tesis E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Madrid 1983 (4ª edición), pp. 129 ss.; O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid 1978, cfr. pp. 970-971; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución*, en «Revista de Derecho Político» 1980, pp. 91 y ss.; HERRERO, cfr. op. cit. p. 1226; I. DE OTTO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid 1985, pp. 11 ss.; también P. DE VEGA autor de la

El autor identifica la concepción de la «constitución material» con la de «principios supremos del ordenamiento constitucional» introducida por la Corte constitucional. La posibilidad de establecer una jerarquía entre las normas constitucionales ya había sido defendida por la doctrina eclesiasticista antes de los pronunciamientos de la Corte constitucional<sup>13</sup>. Esta tesis sobrepasa ampliamente las cláu-

mejor obra sobre la reforma constitucional a partir de la Constitución de 1978, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid 1988 (reimpresión de la 1ª edición de 1985): «(...) la idea de inmutabilidad aparece como resultado de la propia lógica interna del concepto de la Constitución concebida como 'lex superior' (p. 54)»; «(...) la propia lógica del ordenamiento exige, si no se quiere destruir toda su racionalidad, determinar con precisión unas fronteras que la actuación del poder de revisión no puede, en ningún caso sobrepasar» (p. 240), como inevitable consecuencia de la naturaleza del poder de reforma como poder constituido: «Sólo cuando el poder de reforma se considera como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia (...). El poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución» (pp. 238-239). Lo que sucede es que no todos estos autores consideran aplicable esta teoría a la realidad jurídica y legal de la Constitución española de 1978, por las razones y con las consecuencias que veremos en otro lugar.

13. Cfr. G. CAPUTO, *Il problema della qualificazione dello Stato in materia religiosa*, Milán 1967, pp. 184 ss. Tampoco han faltado opiniones, incluso después de la sentencia 30/1971 de la Corte constitucional, que sostienen la imposibilidad de declarar una jerarquía entre normas constitucionales y ven en los «principios supremos» aquéllos que presiden las funciones institucionales del Estado y que constituyen el mínimo inderogable estructuralmente entendido: cfr. R. PASCALI, *Diritto ecclesiastico e principi supremi*, en op. cit., pp. 285 ss. Esta última postura no parece corresponderse con el significado que la Corte constitucional ha atribuido, desde el inicio de su jurisprudencia sobre este particular, a tales principios; y además parece insistir en una orientación marcadamente dualista que —como hemos tenido ocasión de examinar— la Corte ha superado recientemente, lo que confirma que esta interpretación no coincide en modo alguno con la del juez constitucional. En un plano general y sobre la cuestión de la jerarquía, debemos afirmar como lo hace R. BIAGI GUERINI para la Constitución italiana y el concepto de «principios supremos» del ordenamiento constitucional introducido por la Corte constitucional, que la posibilidad de un juicio de legitimidad material (no formal) de normas constitucionales nace del reconocimiento de una gradación jerárquica entre las mismas (cuyo máximo nivel es el núcleo irreducible absolutamente inderogable de los «principios supremos», en el caso del ordenamiento constitucional italiano): cfr. *Famiglia e Costituzione*, Bolonia 1989, pp. 27 ss. La consecuencia de tal jerarquía, también en el plano teórico, de la posible existencia de «normas constitucionales inconstitucionales» de acuerdo con la conocida tesis de Otto BACHOF, cfr. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübinga 1951; tesis a la que se adhieren en España los citados GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en op. cit., p. 129, quienes recuerdan que dicha tesis ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (cfr. K. STERN, op. cit., pp. 270 ss.); F. GARRIDO FALLA, *Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», vol. I, Madrid 1979, pp. 44-45; implícitamente,



sulas positivas de inderogabilidad, limitadas en la Constitución italiana al artículo 139 —que prohíbe la revisión constitucional de la forma republicana de gobierno—<sup>14</sup>. La misma Corte constitucional lo ha puesto de manifiesto en la repetida sentencia 1146/1988:

J. JIMÉNEZ CAMPO, op. cit. passim; abiertamente, al sostener la inconstitucionalidad del orden de sucesión al trono de España que discrimina entre varón y mujer, P. MELLADO e Y. GÓMEZ, *En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución española de 1978*, en «Revista de Derecho Político» 1986, pp. 175 ss.; M. HERRERO DE MIÑÓN, op. cit., p. 1226, quien reduce todos los pormenorizados supuestos de inconstitucionalidad de normas constitucionales de BACHOF a dos categorías: la inconstitucionalidad originaria (de una norma perteneciente a la misma Carta) y la inconstitucionalidad sobreenvenida (de norma de reforma constitucional), cfr. p. 1227; distinción sin duda capital, la primera categoría de más difícil aceptación pero a la que también se adhiere el A. citado, como también lo hacen MELLADO y GÓMEZ, que citan jurisprudencia alemana sobre el particular: cfr. op. cit., pp. 178-180 (cfr. G. DIETZE, *Unconstitutional constitutional norms? Constitutional development in postwar Germany*, en «Virginia Law Review» 1956, núm. 1, vol. 42, citado por dichas AA.). Sobre la posible inconstitucionalidad de normas de reforma constitucional, concluyen afirmativa y necesariamente todos los AA. que apoyan la existencia de una «constitución material», en el sentido de MORTATI, algunos de los cuales han sido mencionados más arriba y otros como DE OTTO y DE VEGA, fueron citados en la nota 12.

14. Por todos, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padua 1970, pp. 100 ss. Sin embargo la existencia de las cláusulas positivas de intangibilidad, entendidas como límites explícitos a la reforma constitucional, es juzgada de la mayor importancia y no tanto en el orden teórico cuanto en el plano práctico por la doctrina española. Frente al artículo 79, 3 de la Ley Fundamental de Bonn —del que K. LOEWENSTEIN dice que «entre las constituciones de todos los grandes Estados modernos no existe ninguna que llegue tan lejos en el establecimiento de disposiciones intangibles», *Teoría de la Constitución*, Barcelona 1976 (2ª edición), p. 190, y que prohíbe radicalmente la reforma de la organización federal en Länder, la participación fundamental de los Länder en la legislación y los principios fundamentales establecidos en los artículos 1º y 20— o el art. 139 de la Constitución italiana, la Constitución española de 1978 no contiene ninguna cláusula de intangibilidad y el art. 168 prevé incluso la posibilidad de una reforma total de la Constitución. Pero tan gravoso resulta el procedimiento de revisión constitucional del art. 168 previsto para las normas constitucionales dotadas de mayor rigidez (título preliminar, título I—cap. 2— sección 1ª, título II o revisión total) —aprobación de mayoría de dos tercios de ambas Cámaras por dos veces, por dos Cortes Generales distintas, mediando disolución de las mismas, y finalmente, referéndum—, que algún autor como J. PÉREZ ROYO mantiene que equivale a una verdadera cláusula de intangibilidad, cfr. *La reforma de la Constitución*, Madrid 1987, pp. 187 ss. Tanto J. JIMÉNEZ CAMPO como P. DE VEGA coinciden con PÉREZ ROYO en que se ha pretendido evitar la existencia formal de cláusulas de intangibilidad por razones políticas (semejanza con los Principios fundamentales del Movimiento Nacional), pero se ha querido imponer realmente tan exigente limitación a la reforma mediante el expediente del art. 168: cfr. respectivamente, *Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución*, en op. cit., p. 89 y *Comentario al artículo 168*, en «Constitución española», Madrid 1979, p. 365. Sin embargo, JIMÉNEZ CAMPO y DE VEGA se separan de PÉREZ ROYO en cuanto al resultado: la «mens legis» no se corresponde con la «mens legislatoris», y del texto del art. 188 hay que inferir un «indiferentismo ideológico total» que permite la revisión íntegra de la Constitución: cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, op. cit., p. 85. Efectivamente, los autores que sostienen teóricamente la existencia de un límite

«Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139

implícito a la reforma constitucional consistente en la «constitución material» en el sentido de MORTATI no dejan de subrayar la importancia de la sanción positiva de dicho núcleo irreducible mediante cláusula (s) de intangibilidad (recordemos que pone de igual modo el acento sobre el temor positivo del texto constitucional, también en materia de inconstitucionalidad originaria de normas constitucionales, HERRERO DE MINÓN, *En torno a la aplicación de la Constitución*, en op. cit., cfr. pp. 1227 ss. Sostiene HERRERO DE MINÓN que cuando falta la jerarquización positiva de las normas que integran el texto constitucional, como a su juicio sucede en la Constitución española de 1978, se impone una interpretación que salve la validez de todas las normas, una interpretación cuyo fin sea la coherencia del entero texto constitucional, cfr. p. 1230. Por su parte MELLADO y GÓMEZ sostienen que existe base legal positiva para afirmar que el principio de igualdad es superior al resto de las normas constitucionales, de acuerdo con los arts. 1, 1 y 14 —cfr. op. cit., p. 181— lo que permitiría, a su juicio, la declaración de inconstitucionalidad del art. 57, 1); por ello, JIMÉNEZ CAMPO se esfuerza por encontrar un límite explícito a la reforma constitucional y sostiene haberlo hallado en el art. 10, 1 que afirma explícitamente la inviolabilidad de los derechos de la persona, que son, junto con la dignidad de la persona misma y el respeto a la ley, el «fundamento del orden político y de la paz social» y todo ello en conexión con los arts. 9, 1 y 53, 1: cfr., op. cit. p. 95 ss. (Crítica abiertamente a quienes como O. ALZAGA no tratan de justificar sobre la letra de las normas constitucionales la opinión acerca de un núcleo irreducible —que ALZAGA ve en la unidad del Estado y de la Nación, cfr. op. cit., pp. 970-971— porque a su juicio, con esta actitud, el intérprete se sitúa en el lugar del constituyente que ha establecido la posibilidad de revisión total y por otra parte, hace depender el Derecho de nociones metajurídicas, aún con el pretendido fin de defender la Constitución; cfr. op. cit., pp. 93-94). No comparten este hallazgo DE OTTO y DE VEGA quienes ven consecuencias funestas en la inexistencia de cláusulas de intangibilidad: muy a su pesar reconocen que la llamada «constitución material» resulta también —y por ende, el régimen político— modificable: cfr. respectivamente, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, p. 35, y *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, donde a pesar de manifestar «que la problemática de los límites hay que situarla más allá de la mera exégesis de las normas de Derecho positivo, por representar realmente el centro de referencia en el que la racionalidad del ordenamiento constitucional democrático se pone a prueba consigo misma. No reconocer ningún tipo de fronteras a la acción de reforma, en definitiva, equivaldría a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional», p. 294, acaba concluyendo: «Innecesario es advertir que la ausencia de cláusulas de intangibilidad en nuestro ordenamiento impide el que quepa plantear cuestión alguna de inconstitucionalidad material», p. 302. M. ARAGÓN REYES considera que la posibilidad de una revisión total de la Constitución en su art. 168 es una expresión extrema del principio democrático: «Ahí radica, precisamente, la grandeza de nuestra Constitución: en que ella misma facilita los medios jurídicos para su radical mutación. Y ahí radica también la grandeza de nuestra democracia», *Constitución y democracia*, Madrid 1989, p. 49. Encuentra apoyo a sus tesis en algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como la sentencia 101/1983, donde se dice que el acatamiento a la Constitución «no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido», cfr. p. 50; no deja sin embargo de distinguir entre validez legal y legitimidad democrática: «Si a través del art. 168 se transformase la democracia en dictadura, ese nuevo orden sería democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo. Esto es, esa nueva Constitución que emanó democráticamente ya no será una Constitución democrática en cuanto que el principio democrático,



Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento de revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (considerando 2,1).

en que se fundó su emanación, no es ya el que legitima su «realización», el que ha de orientar y presidir la vida constitucional. Y, esa nueva ordenación, por no ser democrática en su contenido, no será, en realidad, Constitución, sino mera Ley fundamental», pp. 51-52. J. PÉREZ ROYO subraya las dificultades que plantea para el cambio el procedimiento de reforma previsto en los arts. 167 y 168, que es donde a su juicio reside el verdadero problema: «(...) el problema no reside tanto en que a través de reformas sucesivas se vacíe de contenido el texto constitucional y se revise incluso el núcleo que debería ser indestructible de la idea de derecho presente en nuestra Constitución, sino más bien lo contrario: en la dificultad de que se introduzcan las reformas razonables, cuya necesidad pudiera hacerse sentir con el curso del tiempo», lo que supone además una vía para la intervención no deseable del Tribunal Constitucional en cuestiones que serían competencia propia del legislador que reforma la Constitución, op. cit., p. 211. Pero sobre este último problema del crecimiento del papel institucional del Tribunal Constitucional, hacemos algunas reflexiones más adelante en otra nota. Sólo hay un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la sentencia 76/1983, sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y nada aporta en materia de reforma constitucional y sus límites. Sin embargo se podrían obtener ciertas conclusiones relativas al problema de la llamada «constitución material», en el sentido de MORTATI, en las resoluciones del alto tribunal sobre lo que él mismo ha llamado «bloque de constitucionalidad». Veámoslo en la sentencia 66/1985: «(...) noción compleja, la de «bloque de la constitucionalidad» que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición» (fundamento jurídico 1º). La existencia de este llamado «bloque de constitucionalidad» es confirmada por las sentencias 10/1982, 38/1983, 72/1983, 20/1988, 187/1988, etc. Obsérvese cómo se disocian dos significados de unas mismas normas —en este caso de las que forman el llamado «bloque de constitucionalidad» que se encuentran de acuerdo con el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y según la sentencia 72/1983 «con carácter general, en la Constitución, el Estatuto o en las leyes determinadoras de las competencias, en el marco de la Constitución», a saber: su carácter de parámetro de constitucionalidad de otras normas, su carácter de norma superior a éstas lo que les confieren una capacidad de resistencia frente a las mismas. Pues bien, utilizando este criterio que separa claramente los dos alcances o funciones señalados y en orden a tratar de ver si es posible encontrar en el ordenamiento español una categoría como la de los «principios supremos» del ordenamiento constitucional italiano, podría decirse —utilizando analógicamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el llamado «bloque de constitucionalidad»— que las normas del título preliminar, título I, cap. II, sección 1ª y título II, de acuerdo con el art. 168 de la Constitución, se presentan como parámetro de legitimidad constitucional de otras normas constitucionales —lo que las aproxima a los «principios supremos» del ordenamiento constitucional italiano—. Esta interpretación no deja de ser fuente de problemas en la medida en que habrá que estar al carácter derogatorio o reformador de las normas sujetas a juicio de constitucionalidad basado en el parámetro del título preliminar, título I, cap. II, sección 1ª y título II. Esa labor hermenéutica es ardua «per se» y lo de menos es probablemente la competencia para la misma, que se puede entender atribuida al Tribunal Constitucional, habida cuenta de que nuestro ordenamiento no ha previsto,

Esta última sentencia citada trae a colación un viejo problema que ha resuelto parcialmente. Y es que efectivamente, la única mención por la Constitución italiana del carácter irreformable de la forma republicana en el art. 139, parecía exigir de la Corte Constitucional, al haber declarado ésta la existencia de los llamados «principios supremos del ordenamiento constitucional» en la sentencia 30/1971, una construcción hermeneútica que mostrase el fundamento de tales principios —podría haber sido simple y llanamente la de Mortati— y no una afirmación apodíctica, que es lo que hubo en aquella resolución<sup>15</sup>.

Esta grave carencia no fue remediada en sentencias posteriores<sup>16</sup>; la Corte constitucional continuó haciendo uso de los «principios supremos» sobre aquella declaración apodíctica, casi dogma de fe, y haciendo uso, como tendremos ocasión de comprobar, sin el menor rigor y con llamativo signos de incoherencia. Tal carencia ha sido relativamente subsanada en la última sentencia citada, la 1146/1988, cuyo fragmento transcrito pone de manifiesto que es acertada la identificación de los «principios supremos» con la «constitución material» de Costantino Mortati: son absolutamente inderogables, resisten a la revisión constitucional, no requieren una expresa mención positiva en el texto de la carta y todo ello porque «pertene-

en general, la competencia para el enjuiciamiento o control de legitimidad constitucional de la reforma constitucional y de la que la doctrina, en su mayoría, atribuye esa decisión al Tribunal Constitucional: por todos, cfr. J. PÉREZ ROYO, op. cit., p. 195.

15. Así lo pusieron de manifiesto, en tono crítico, entre otros, R. BACCARI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, cfr. p. 274; S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, cfr. p. 342; A. C. JEMOLO, *Primo confronto della Costituzione col Concordato davanti alla Corte costituzionale*, en «Rivista di diritto processuale» 1971, cfr. pp. 306-307; C. MIRABELLI, *Problemi e prospettive in tema di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e di divorzio*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1973, cfr. p. 2327.

16. Según F. DALL'ONGARO, «I principi supremi nel 1982 rimanzono un «enunciazione astratta»: *Sulle modifiche introdotte nella legislazione matrimoniale concordataria dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 16, 17 e 18 del 1982*, en «Il diritto di famiglia e delle persone» 1982, p. 340. Esta observación es ampliamente compartida por la doctrina italiana. S. LEENER llega más lejos y afirma que la definición de los principios supremos ha sido realizada de modo tautológico: primero se afirma la existencia de tales principios, que hacen posible el enjuiciamiento constitucional de las normas concordatarias y después, se definen —en un segundo momento— como aquéllos que permiten el enjuiciamiento en cuestión; cfr. *In merito alle recenti sentenze della Corte costituzionale sul matrimonio concordatario*, en «La Civiltà Cattolica» 1982, p. 337.



cen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana»<sup>17</sup>.

#### IV. «PRINCIPIOS SUPREMOS» Y SOBERANÍA ESTATAL

No deja de ser destacable que la Corte constitucional vincule la existencia de los «principios supremos» a la soberanía del Estado,

17. BARTOLE recuerda que «E opinione comune che il tratto distintivo dei principi costituzionali espressivi dei valori fondamentali dell'ordinamento sia la generalità (...) può essere senza dubbio fornito ricordando la loro fundamentalità, con questa intendendosi appunto —come vuole la Corte— la loro attinenza «all'essenza dei valori supremi» sui quali si fonda la Costituzione. Ma detto questo non si può forse dire molto di più», op. cit., p. 5571. Efectivamente, es característica consubstancial a estos principios la generalidad, lo que no impide que una vez determinados, den lugar a una jerarquía no puramente formal de las normas, sino verdaderamente material: cfr. *ibidem*, pp. 5572-5573. M. ARAGÓN REYES ha estudiado con acierto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español, la relación entre los principios y los valores constitucionales, relación de la mayor importancia según la doctrina de la sentencia 1146/1988 de la Corte constitucional italiana, puesto que son los segundos los que permiten la determinación de los primeros. Coincide ARAGÓN con BARTOLE en que el papel de los valores otorga a los principios un carácter histórico e historizado basado en la mutación de las ideas y creencias sociales (aquí reside la sustancialidad de estos principios —tienen un contenido— y por ende el carácter material de la nueva prelación de fuentes que el reconocimiento de su existencia supone: cfr. S. BARTOLE, op. cit. p. 5572): «Una Constitución 'principalista' como la nuestra, tiene una gran capacidad de evolucionar o de adaptarse a nuevas circunstancias, de convertirse en una 'living constitution', sin requerir por ello en muchos casos, de la reforma constitucional explícita...» y añade a continuación: «Pero también esos principios 'constitucionalizados' son a su vez un límite frente a la excesiva adaptación, o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional»: *La eficacia jurídica del principio democrático*, en «Revista española de Derecho constitucional» 1988, p. 17. Este último núcleo de principios constitucionales sería el de los «supremos» o «constitución material». El A. recuerda que los principios constitucionalizados no sólo tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, sino aplicabilidad directa y valor normativo, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (cfr. sentencias 2 febrero 1981, 8 junio 1981, 31 marzo 1982, 5 mayo 1982, etc.), cfr. op. cit., pp. 17-10. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en «La Constitución española», Madrid 1988, pp. 97-158. Advierte el A. una cierta confusión entre principios generales del Derecho y principios constitucionalizados —que son verdaderas normas directas de rango constitucional—, así como una insuficiente distinción entre principios y valores, cfr. op. cit., pp. 21-22, tanto en la doctrina como en la misma jurisprudencia constitucional y cita a modo de ejemplo la sentencia de 31 de marzo 1983, cuyo fundamento jurídico habla de «los principios de libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamentales del Estado»; esta desazón queda de relieve en algunos votos particulares a la sentencia 53/1985, que niegan eficacia jurídica a los valores como tales. La tesis de ARAGÓN, que suscribimos, es que los valores sólo alcanzan eficacia interpretativa mientras que los principios puede alcanzar «proyección normativa» tanto por obra del legislador como del juez, cfr. op. cit., pp. 23-27.

afirmada en materia de relaciones con la Iglesia en el art. 7,1. Por ello, Pascali ha afirmado que la soberanía es el «principio supremo-fuente» de los «principios supremos»<sup>18</sup>. Aunque tampoco deja de ser sorprendente por rancio, habida cuenta de la crisis del concepto de soberanía estatal<sup>19</sup>.

Sin embargo, la Corte acude una y otra vez al concepto de soberanía, lo que subyace en la resolución del problema de los diversos regímenes jurídicos aplicables al matrimonio; solución que nace de la distinción entre acto de celebración del matrimonio mismo y acto de elección del rito matrimonial (cfr. sentencia 32/1971). Efectivamente este último acto queda regulado por el Derecho del Estado y no por un Derecho confesional civilmente relevante por vía concordataria (cfr. considerando 3º), en la medida en que, de acuerdo con la Corte, ese acto previo de elección del rito matrimonial, queda sustraído a la disciplina concordataria. Todo ello con el fin de que no sea eficaz el matrimonio concordatario contraído sin la edad civilmente exigida por el legislador civil italiano, aunque sí con la canónica (cfr. sentencia 16/1982, considerando 7º especialmente). Este alambicado recurso al acto de elección del rito matrimonial ha sido considerado como un expediente inaceptable por autorizada doctrina, que no deja de mostrar su perplejidad ante la problemática autonomía de este acto respecto del de celebración del matrimonio, y su incomodo ante la sustracción a la disciplina matrimonial concordataria de la «cobertura» constitucional ex art. 7, lo que puede tener más

18. Cfr. R. PASCALI, *Patti lateranensi e custodia costituzionale*, Napoli 1984, pp. 426 ss. En la doctrina, existen dos posturas distintas y la primera de ellas sostiene que los ámbitos civil y eclesiástico han sido delimitados por los Pactos de Letrán y que por lo tanto la soberanía del Estado no puede extenderse más allá de esos límites; por todos, cfr. F. SEVERO SEVERI, *L'Università Cattolica del Sacro Cuore davanti ai giudici*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1973, p. 166; la segunda sostiene que la soberanía no puede ser limitada de ese modo y que el Estado es soberano para fijar su propio ámbito, cfr. P. BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria*, en op. cit., p. 315, S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali*, en op. cit., p. 352, con bibliografía en la nota 13. De las resoluciones de la Corte constitucional se infiere que ésta se inclina por la segunda.

19. Tal crisis ha sido señalada, con carácter general, por E. FORSTHOFF, al que citamos por todos: cfr. *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid 1975, pp. 14 ss. Y en particular, sobre la jurisprudencia constitucional italiana en materia concordataria, cfr. A. VITALE, *La giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1974, p. 120.



amplias consecuencias<sup>20</sup>. La Corte invoca la soberanía del Estado con el propósito, no reconocido abiertamente, de someter al Derecho común una materia que ha sido objeto de pactos concordatarios en vigor<sup>21</sup>. Algún autor, como Colaïanni, sostiene que se trata de una operación para rebajar la cuestión, de su rango de constitucionalidad al de simple cuestión de interpretación de legalidad ordinaria; la Corte trata de evitar a todo trance el contraste entre las normas concordatarias y el art. 3 de la Constitución que declara, en un tono muy comprometido, el principio de igualdad<sup>22</sup>.

El principio de soberanía que implica la necesaria eficacia del Derecho del Estado, es explícitamente afirmado en la sentencia 169/1971 (sobre la ley 898/1970, que introdujo el divorcio en el ordenamiento civil italiano)<sup>23</sup>.

Muy significativa es la sentencia 195/1972 (sobre el llamado «caso Cordero», relativo al art. 38 del Concordato lateranense, que requiere la previa autorización del Arzobispo de Milán para poder

20. Cfr. L. SPINELLI, *Problemi vecchi e nuovi sul matrimonio dei minori (a proposito della sentenza n. 16 del 1982 della Corte costituzionale)*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 480; R. BACCARI, *Il Sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, en op. cit., p. 281 y *L'inefficacia civile della dispensa da matrimonio rato e non consumato*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 350. No debe dejar de ser señalado que la solución adoptada por la Corte había sido prevista y postulada desde 1975 por P. MONETA, *La tassatività dell'art. 12 della legge matrimoniale e la trasvizione del matrimonio del minore dopo le sentenze della Corte costituzionale sul Concordato*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1975, pp. 95-96.

21. Lo que resulta, para parte de la doctrina, inadmisibile, como ya se ha dicho, y manifestativo de la extralimitación de la soberanía estatal. Cfr. G. DENTE, *Considerazioni sulla sentenza 2 febbraio 1982, n. 18, della Corte costituzionale*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 569, que resume así el propósito de la Corte constitucional: reducir todo al absoluto estatal, pero sin negar el pluralismo ideológico y de los ordenamientos; G. DALLA TORRE, *Principi supremi e ordine pubblico. Notazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di matrimonio concordatario*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 401.

22. Cfr. *Un Concordato senza glosse: la rimozione di un problema*, en op. cit., pp. 305-307. Aunque probablemente sería más exacto decir que la Corte ha tratado de eludir el planteamiento que ha hecho del principio de igualdad en relación con las normas concordatarias, tal y como veremos más adelante.

23. «Accertato che gli effetti del matrimonio concordatario sono, e devono essere, gli stessi effetti che la legge attribuisce al matrimonio civile, dalla separazione dei due ordinamenti deriva che nell'ordinamento statale il vincolo matrimoniale, con le sue caratteristiche di idssolubilità od indissolubilità, nasce dalla legge civile ed è da questa regolato. Del resto, poichè l'art. 7 della Cost. afferma tanto per lo Stato quanto per la Chiesa i principi di indipendenza e di sovranità di ciascuno nel proprio ordine, una limitazione della competenza statale su questo punto doveva risultare da norma espressa, e, in mancanza di queste non è desumibile da incerti argomenti» (considerando 3º).

acceder las cátedras de la Universidad Católica del Sacro Cuore): en ella se hace mención de nuevo del principio de soberanía, pero no se considera directamente a éste como parámetro de constitucionalidad del art. 38 del Concordato<sup>24</sup>. Efectivamente, la Corte no expresa una concepción de la soberanía cerrada a toda relación con otros ordenamientos jurídicos, por lo que acepta que la disciplina pacticia despliegue toda su posible eficacia. De todo ello se sigue que el principio de soberanía sea descartado como parámetro de legitimidad constitucional de las normas concordatarias<sup>25</sup>. Lo que no impide que los llamados «principios supremos» sí que lo sean y éstos guardan alguna relación con la soberanía del Estado en la medida en que constituyen una afirmación perentoria del ordenamiento constitucional. Es esta relación la que pone de relieve, de modo impreciso y sin llegar a explicar en qué consiste, la Corte constitucional saltuariamente.

La sentencia 175/1973 parece considerar la soberanía estatal como parámetro de constitucionalidad de las normas concordatarias<sup>26</sup>;

24. «La questione non è fondata. Va considerato che i requisiti della indipendenza e della sovranità, riconosciute nell'art. 7 sia allo Stato che alla Chiesa, riflettono il carattere originario dei due ordinamenti. Ma la separazione e la reciproca indipendenza tra i due ordinamenti non escludono che un regolamento dei loro rapporti sia sottoponibile a disciplina pattizia, alla quale legittimamente può risalire la rilevanza di atti promananti da una delle parti, purché questi non siano tali da porre in essere nei confronti dello Stato italiano situazioni giuridiche incompatibili con i principi supremi del suo ordinamento costituzionale, ai quali le norme pattizie non possono essere contrarie (sent. n. 30 del 1971)» (considerando 5º).

25. Ha de tenerse en cuenta que en su sentencia 175/1973 la Corte constitucional ha afirmado que, en cuanto limitaciones a la soberanía, los artículos 7 y 11 Constitución (cuyo texto dice: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo») son equiparables: «Né vale argomentare dall'art. 11 Cost. per dedurre che ogni limitazione di sovranità possa trovare giustificazione solo ove ricorrano i presupposti previsti in quella norma, e ciò perché i rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica trovano specifico riferimento nell'art. 7» (considerando 2º). Antes de esta resolución de la Corte constitucional, se habían manifestado en contra de tal equiparación C. LAVAGNA, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, en «Giurisprudenza italiana» 1971, I, p. 832 y G. PUGLIESE, *Importanza della possibilità di sottoporre i Patti lateranensi al controllo di costituzionalità*, en «Giurisprudenza italiana», I, pp. 635-636.

26. «Questione di fondo, cui de altre appaiono subordinate, è se la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale (art. 1 della legge 1929, n. 810, che rende esecutivo l'art. 34, commi quarto, quinto, sesto del Concordato con la Santa Sede), sia compatibile con la sovranità dello Stato italiano» (considerando 2º).



pero en realidad se trata de una apriencia que se debe a una reproducción del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad elevada a la Corte, que lo modifica y lo expone en términos de jurisdicción estatal frente a jurisdicciones externas:

«Si tratta dunque di vedere se la riserva della giurisdizione costituisca 'principio supremo' che nemmeno una legge avente copertura costituzionale potrebbe superare. Non vi è dubbio che la giurisdizione sia principio caratteristico della sovranità e di questa rappresenti un elemento costitutivo. Ma un'inderogabilità assoluta della giurisdizione statutale non risulta da esprese norme della Costituzione, né è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali del nostro ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da leggi ordinari (art. 2 c.p.c.). La stessa Costituzione, all'art. 80, prevede che con legge ordinaria sia autorizzata la ratifica di accordi internazionali aventi per oggetto arbitrati o regolamenti giudiziari» (considerando 2°).

Queda, por tanto, claro que la soberanía no constituye en sí misma parámetro de constitucionalidad. Son principios inferidos de preceptos constitucionales (que a su vez encierran valores, de acuerdo con lo que ya hemos visto más arriba) —en este último caso, la exclusividad de la jurisdicción estatal, sometida a enjuiciamiento de la Corte que termina por negarla como principio supremo, absolutamente inderogable, del ordenamiento constitucional italiano— los que se alzan como medida de legitimidad de otras normas constitucionales; principios que están vinculados a la soberanía tal y como es entendida por la Constitución.

En esta última sentencia —la 175/1973— se procede también a resolver la cuestión de inconstitucionalidad elevada en relación a los artículos 24, 25 y 102,2, de forma muy rápida: se considera que queda resuelto en los razonamientos anteriores (cfr. considerando 3°). La Corte constitucional reconduce la eventual violación de los principios supremos contenidos en los preceptos constitucionales citados a las consideraciones ya expuestas (transcritas) sobre la inderogabilidad de la jurisdicción estatal (considerada principio constitucional, pero no supremo).

Este modo de resolver la cuestión de inconstitucionalidad suscitada se nos presenta como escasamente riguroso ya que no se aclara si los principios contenidos en los artículos invocados de la Constitución son verdaderamente supremos o si se trata simplemente de elementos del problema de la derogabilidad o inderogabilidad de la jurisdicción estatal. La última posibilidad apuntada parece inaceptable al menos por lo que concierne al art. 24 de la Constitución, en la medida en que la tutela jurisdiccional de los derechos ha sido considerada e individualizada como principio supremo del ordenamiento constitucional en otras sentencias de la Corte constitucional sobre las que nos detendremos más adelante. La distinción aquí apenas esbozada ha sido abiertamente confirmada por la sentencia 18/1.982, que ha interpretado el derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos —reconocido por el art. 24 Constitución—, como fundamento del derecho a actuar y a oponerse en juicio y la inderogable tutela del orden público —del mismo modo a como lo hizo con la jurisdicción estatal, aunque con otro valor tal y como subrayaremos en su momento— como principio íntimamente relacionado con la soberanía del Estado<sup>27</sup>.

En esta sentencia 18/1982, la Corte de nuevo renuncia a examinar la eventual antinomia entre las normas concordatarias sometidas a enjuiciamiento y los principios supremos que se puedan inferir de diversos artículos de la Constitución, lo que la Corte justifica sosteniendo que, una vez declarada la inconstitucionalidad de las normas en cuestión por un capítulo, quedan «absorbidos» en esta resolución todos los demás invocados<sup>28</sup>. Luego cabe aquí idéntica crítica a la realizada para la sentencia 175/1973.

27. «La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma 2° del art. 1 e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione». (considerando 5°).

28. «Resta in conseguenza assorbito, per effetto della dichiarata illegittimità costituzionale delle denunciate norme «in parte qua», l'ulteriore profilo, dedotto nell'ambito della medesima questione, circa la incompatibilità con i principi supremi desumibili dagli artt. 2, 3, 7, 24, 25, 29, 31, 101, 102 Cost., delle stesse norme, in quanto, precludendo al giudice dello Stato di accertare l'eventuale contrasto con l'ordine pubblico italiano, gli impongono di rendere esecutive le sentenze ecclesiastiche fondate su cause di nullità non previste dalla legge dello Stato, introducendo così nell'ordinamento dello Stato un tipo di matrimonio contrastante con quello previsto dalla Costituzione». (considerando 5°).



Lo que debe ser puesto de relieve es que, hasta la sentencia 1146/1988 (considerando 2º,1, párrafo 2), la soberanía del Estado aparece como la única precisión hecha por la Corte sobre los «principios supremos del ordenamiento constitucional».

## V. LA DETERMINACIÓN DE LOS «PRINCIPIOS SUPREMOS»: INTERVENCIÓN Y COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En cuanto a la determinación de tales principios, Modugno mantiene que se trata de una competencia de la Corte constitucional, así como la determinación exacta de su significado y contenido, y es esta competencia del juez constitucional precisamente una expresión de la soberanía del Estado<sup>29</sup>. De la sentencia 18/1982 ya podía entenderse claramente esta conclusión, hoy confirmada por la sentencia 1146/1988<sup>30</sup>. Ello supone, como ha señalado Bartole, que «l'avere instaurato i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e le altre norme di fonte costituzionale una gerarchia materiale (...) nonostante l'identità del livello formale di provenienza, dà alla Corte una certa quale libertà di movimento, della quale —del resto— essa già ha dimostrato di voler trarre profitto quando in altra sentenza in questa stessa decisione da essa ricordate, ha anteposto i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ad altre norme ricavate dal testo stesso della Costituzione»<sup>31</sup>. Es indudable que el poder de la Corte de determinación de los principios supremos le confiere la máxima libertad interpretativa de la Constitución, que es cabalmente más que un poder jurisdiccional, es casi un poder de legislador constitucional: estamos ante un proceso de «crecimiento institucional» («crescita istituzionale») o de «ensanchamiento de funciones» («enlargement of functions») <sup>32</sup>. Y todo ello con la pretendida finalidad de

29. Cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi* en «Giurisprudenza costituzionale» 1971, pp. 413 y 423 respectivamente.

30. Sobre la sentencia 18/1982, así lo apuntó R. NANIA, cfr. *Concordato e principi supremi della Costituzione* en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, p. 254.

31. *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, en op. cit. p. 5. 573.

32. *Ibidem* pp. 5. 572 ss. I. elia ha explicado que este proceso parece caracterizar a todos los órganos de justicia constitucional, cfr. *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali* en «Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia», Bolonia 1982, pp. 515 ss.

conservación del orden constitucional: «Sotto le vesti di estendere la garanzia della Costituzione, la Corte finisce per allargare il raggio dei suoi poteri e, quindi, del suo ruolo complessivo nel sistema» dice con toda razón Bartole. Y añade en tono de admonición che «vi è il rischio di non interpretare i poteri della Corte come un dato a priori, ma di costruire il fine della giustizia costituzionale come un dato cui rapportare e dimensionare di volta in volta i poteri della Corte»<sup>33</sup>.

## VI. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: EL CRITICABLE MODO EN QUE HA DETERMINADO LOS PRINCIPIOS SUPREMOS

Pero no ha sido tanto este problema —de gran alcance político y constitucional— sobre la insensible revisión del papel de la Corte constitucional el que ha suscitado mayores críticas, cuanto el del modo en que el alto tribunal ha procedido a declarar principios supremos. Y es que la Corte se ha limitado a ir declarándolos paulatinamente, de acuerdo con los asuntos sucesivamente sometidos a su conocimiento: no ha ofrecido una construcción sistemática sino unas

33. S. BARTOLE, op. cit. p. 5. 573. Sobre el procedimiento de reforma constitucional previsto en los arts. 167 y 168 de la Constitución española, J. PÉREZ ROYO ha advertido que representa un grave obstáculo para «que se introduzcan las reformas razonables, cuya necesidad pudiera hacerse sentir en el curso del tiempo» y sobre todo, por lo que ahora estamos comentando, «abre un campo muy importante a la interpretación constitucional y a la «garantía ordinaria» de la Constitución que es la Justicia Constitucional, puede tener, sin embargo, el inconveniente de dejar un margen tal vez excesivamente amplio a la discrecionalidad del Tribunal Constitucional, que puede verse obligado a entrar en cuestiones de tipo político, sustraídas al legislador ordinario, reservadas al legislador que reforma la Constitución y en las que, sin embargo, ante la imposibilidad de que actúe este último, por el motivo que sea, interviene el primero», op. cit. p. 211. Se trata claramente de algo que se puede incluir en el fenómeno del «enlargement of functions» de las Cortes constitucionales ya descrito; PÉREZ ROYO afirma que no se trata de una cuestión puramente académica y que «en nuestra corta experiencia constitucional ya tenemos algunos ejemplos significativos», que son la modificación de la Ley orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, tras el referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica en Andalucía, el 28 de febrero de 1980 (confróntese el ap. 2 del párrafo 2 del art. 8 del L. O. 2/1980 de 18 enero tras la modificación operada por la L. O. 12/1980, de 16 de diciembre con el art. 151, 1 Constitución) y la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) que pudo ser tramitada como ley de reforma y no lo fue, con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de buena parte de la ley por la sentencia 76/1983 del Tribunal Constitucional, que finalmente no actúa tanto como juez constitucional cuanto como legislador: cfr. op. cit. pp. 211-212.



declaraciones aisladas, lo que levanta la convencida censura incluso de quienes juzgan que la Corte constitucional es competente para la determinación de los llamados «principios supremos»<sup>34</sup>.

Examinemos posturas divergentes sobre esta cuestión. Pascali considera que resulta imprescindible una declaración de la Corte constitucional sobre a) cuáles son las normas no sujetas a juicio de legitimidad constitucional, b) cuál es el órgano constitucional competente para su determinación individualizada (no exige directamente la declaración acerca de cuáles son los «principios supremos», puesto que, como ya vimos, dicho autor mantiene una tesis original sobre los mismos)<sup>35</sup>. Otra parte de la doctrina no comparte estas pretensiones: así, Modugno considera que la determinación saltuaria, «di volta in volta», de los principios supremos obedece a la propia naturaleza de los mismos: «non si tratta di principi rigidamente determinabili, secondo criteri giuridici che fatalmente sarebbero destinati ad essere superati dal divenire storico»<sup>36</sup>; idea esta última que profesa también T. Martines quien afirma que los principios supremos «proprio in quanto generali o generalissimi, hanno la proprietà di adattarsi, per la loro connaturale capacità di espandersi, al mutare della realtà sociale a mezzo dell'interpretazione evolutiva»<sup>37</sup>.

A nuestro juicio esta última interpretación de los «principios supremos», como esencialmente cambiantes en cuanto a su contenido, los vacía de contenido y traiciona el sentido de la «constitución material»; creemos que pierden su sentido<sup>38</sup>. Y esta opinión —la no

34. Cfr. por todos, S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento* en «Giurisprudenza costituzionale» 1972, pp. 2. 189-2. 190.

35. Cfr. *Patti lateranensi e custodia costituzionale*, pp. 225-226.

36. *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, en op. cit. p. 422.

37. *Ordine dello Stato e «principi supremi» della Costituzione* en «Stato democratico e regime pattizio», Milán 1977, p. 85.

38. Sobre el dato temporal en el Derecho eclesiástico, cfr. S. DOMIANELLO, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del Diritto ecclesiastico* en «Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso», Milán 1987, pp. 8-9; sobre el peligro del historicismo desorbitado. en materia matrimonial concordataria, cfr. A. M. PUNZI NICOLÓ, *Due modelli di matrimonio* en «Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato», Bologna 1987, pp. 18 ss. En comentario a la Constitución española y en contra de esas interpretaciones historicistas de los textos constitucionales, cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los principios generales del Derecho y la Constitución* en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», vol. 2, Madrid 1978, pp. 1164 ss. (deletéreo frente al uso alternativo del Derecho, cfr. p. 1175). Este A. niega la posible recepción en nuestro ordenamiento de una categoría como la de «constitución material», en el sentido de MORTATI: comienza por afirmar que «una mutación de los principios polí-

sujección de los «principios supremos» a un historicismo extremo— encuentra una apoyatura en la sentencia 18/1982 de la Corte constitucional italiana. Efectivamente, en dicha resolución se afirma que:

«il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale (...), ma tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia, pur se taluni di questi istituti siano garantiti da precetti costituzionali» (considerando 4º).

Es claro que lo que constituye, a juicio de la Corte constitucional, «principio supremo» es ese «núcleo más restringido y esencial» del derecho a la tutela jurisdiccional, y no sus eventuales configuraciones históricas plasmadas en elementos accesorios y ajenos a ese núcleo esencial.

Idéntica distinción hallamos en la misma sentencia en relación al orden público: la Corte considera «principio supremo» el control del orden público en la ejecución civil de sentencias canónicas, pero no el contenido mutable e históricamente determinado del mismo (cfr. considerando 5º)<sup>39</sup>.

Luego no se trata sólo de que la Corte constitucional haya declarado apodícticamente la existencia de los «principios supremos del

ticos supone necesariamente una mutación de todo el ordenamiento jurídico. Todas sus normas, incluso aquellas que no han sido modificadas, tendrán un sentido distinto al que tenían durante la vigencia de los principios anteriores» —op. cit. p. 1164—, para añadir más adelante que, en el caso de la Constitución española de 1978, los principios políticos no pueden llevar a cabo una función integradora porque no responden a una concepción política determinada sino que pretenden permitir el paso de la sociedad actual a una sociedad socialista, cfr. art. 9, 2 Constitución: cfr. op. cit. pp. 1166 ss., lo que por otra parte no deja de ser corroborado por algún pronunciamiento aislado del Tribunal Constitucional: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (sentencia 11/1981, fundamento jurídico 7).

39. Cfr. M. E. CASELLATI ALBERTI, *Incidenza dell'ordine pubblico sopra l'efficacia civile delle dichiarazioni ecclesiastiche di nullità matrimoniale (A proposito della sentenza 2 febbraio 1982, n. 18 della Corte costituzionale)* en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 554; C. MIRABELLI, *Alcune osservazioni in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982* en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 473.



ordenamiento constitucional» —actitud que, como ya hemos visto ha sido parcialmente corregida—, sino que además el alto tribunal se pronuncia apodícticamente sobre cuáles son dichos principios y de un modo asistemático<sup>40</sup>.

Veámoslo. En la misma sentencia 18/1982 han sido declarados varios «principios supremos», como se ha advertido. Estos son los términos:

«Diritto, questo (diritto alla tutela giurisdizionale), che la Corte ha già annoverato «fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2» (sent. n. 98 del 1.985), e che non esita ad ascrivere tra e principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio.

40. La mayoría de la doctrina ha puesto de relieve tal cosa; cfr. por todos, G. DALLA TORRE, *Principi supremi e ordine pubblico...* en op. cit. p. 405. También se ha señalado, con razón, que la Corte niega apodícticamente el contraste entre las normas sometidas a su enjuiciamiento y los principios supremos, cfr. S. LARICCIA, *Patti lateranensi e principi costituzionali* en op. cit. p. 343; A. VITALE, *Patti lateranensi e Costituzione* en «Giustizia civile» 1971, pp. pp. 169-170 S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una libertà atípica* en «Giurisprudenza costituzionale» 1972, p. 68. También se han mencionado otros pronunciamientos apodícticos: según S. LENER en la cuestión de la autonomía del acto de elección del rito matrimonial, cfr. *In merito alle recenti sentenze della Corte costituzionale sul matrimonio concordatario* en «La Civiltà Cattolica» 1982, p. 334; según P. BELLINI, sobre la racionalidad del sistema matrimonial concordatario, cfr. *Divorzio e nullità matrimoniale dinanzi al giudice costituzionale* en «Il Diritto ecclesiastico» 1974, p. 93; según F. MARGIOTTA BROGLIO, sobre el problema de la revocación del «nulla osta» a los profesores de la Universidad Católica del Sacro Cuore, de Milán, cfr. *Il «caso Cordero». Un pò di ermeneutica*, en «Politica del Diritto», 1973, p. 30. Esto no significa que en los ejemplos citados la crítica no sea ocasionalmente infundada; pero en todo caso, la Corte recurre a estos pronunciamientos apodícticos, sobre todo en materia de «principios supremos». No compartimos la tesis de F. FINOCCHIARO que ve en la sentencia 18/1982 un planteamiento metodológico acabado, basado en la inducción, cfr. *La competenza della Corte costituzionale rispetto alle leggi costituzionali e alle leggi di esecuzione di trattati internazionali* en op. cit. pp. 21-22; en realidad, como veremos, la Corte declara apodícticamente los «principios supremos» aunque lo hace de una forma menos evidente. Como quiera que sea, es indudable que sigue sin enunciar cuáles son teóricamente dichos principios ni cuál es la forma de determinarlos; cfr. R. BOTTA, *La revisione non diplomatica del Concordato lateranense (la giurisprudenza ecclesiastica tra Corte costituzionale e Corte di cassazione)* en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 495; G. CATALANO, *La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale nelle sentenze costituzionali nm. 175 e 176 del 1973* en «Il Diritto di famiglia e delle persone» 1974, p. 307; C. MIRABELLI, *Un momento di inerzia nella giurisprudenza della Corte sulla giurisdizione matrimoniale ecclesiastica?* en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, p. 925.

(...) Il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale, cui è innanzi accennato...» (considerando 4°).

«Il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti —strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale cui si è fatto dianzi riferimento— trova la sua base soprattutto nell'art. 24 della Costituzione. La inderogabile tutela dell'ordine pubblico (...) è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione. Entrambi questi principi vanno ascritti nel novero dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (considerando 5°).

Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, la Corte no desarrolla una argumentación suficiente para justificar la calificación de tal derecho como «principio supremo» del ordenamiento constitucional. Es cierto que existen varios elementos que apoyan esta tesis: la doctrina de la Corte en el mismo sentido (cfr. sentencia 98/1965, relativa al Derecho de las Comunidades Europeas), el hecho de que la Corte misma haya acogido la consideración del derecho inviolable a la defensa en cada estadio y grado del proceso (art. 24,2 Constitución), opiniones doctrinales coincidentes, etc. Pero sería necesaria una construcción más articulada sobre la base de los preceptos constitucionales, que diera más sólido fundamento al pronunciamiento comentado. De todos modos, no parece que en este caso sea difícil compartir la doctrina del alto tribunal, tratándose de un derecho tan fundamental que representa una garantía para todos los derechos y que la Corte asocia con el principio democrático, con el fin de justificar su declaración. Mas el planteamiento de la motivación para el reconocimiento de un principio supremo no es convincente: el hecho de que no se haya ni siquiera realizado un sucinto examen de los elementos de juicio aportados por los artículos 2, 3, 7, 24, 25, 101 y 102 de la Constitución en orden a la consideración del derecho a la tutela jurisdiccional —tal y como había sido apuntado por los jueces que elevaron las cuestiones de inconstitucionalidad que han dado lugar a la sentencia— subraya cuanto hemos dicho (cfr. considerando 1°, A).



Otro tanto puede afirmarse de la tutela del orden público italiano y de los artículos 1, 2, 3, 7, 11, 24, 25, 101 y 102 de la Constitución, y del derecho a actuar y a oponerse en juicio, y de los artículos 2, 3, 7, 24, 25, 101 y 102 de la Constitución (cfr. considerando 1º, B).

Las insuficiencias puestas a la luz se reflejan también en la determinación del «núcleo más restringido y esencial» del derecho a la tutela jurisdiccional; en efecto, el derecho a un juez y a un juicio parece constituir ese núcleo (cfr. considerando 4º), pero en realidad la Corte añade poco después que el derecho a actuar y a oponerse en juicio también forma parte del mismo (cfr. considerando 5º); lo que, por otra parte, estamos dispuestos a aceptar sin problemas.

Queremos insistir sobre la absoluta discrecionalidad con que la Corte constitucional italiana determina el contenido de ese núcleo esencial. Se trata, en suma, de la misma libertad de la que hace uso la Corte en la determinación de los principios supremos. Problema éste especialmente delicado por lo que se refiere la tutela del orden público; sobre todo visto el sentido del pronunciamiento de la Corte constitucional, ya que ésta acepta simultáneamente la inexistencia del control del orden público italiano sobre las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cfr. considerando 4º). La doctrina ha puesto de manifiesto la tendencia en sentido contrario al filtro del orden público en el Derecho italiano y en el Derecho comparado <sup>41</sup>.

41. Sobre la equiparación o aproximación de la ejecución a efectos civiles de sentencias canónicas al juicio de exequatur de sentencia extranjera, cfr. por todos, L. DE LUCA, *Il matrimonio concordatario esiste ancora?* en «Giurisprudenza costituzionale» 1982, p. 440. P. MENGOSZI ha sido quien ha destacado que tal equiparación va contra corriente en el sentido de que las exigencias relativas al control del orden público son cada vez más limitadas en el Derecho italiano y el Derecho europeo (especialmente, en materia de estado de las personas: cfr. *Sovranità dello Stato ordine pubblico come limite al riconoscimento di sentenze canoniche di nullità matrimoniale e l'Accordo del 18 febbraio di modificazione del Concordato lateranense* en «Quaderni di Giustizia», 37, I. Nuovi accordi fra Stato e Chiesa. Prospettive di attuazione», 1986, pp. 136 ss. El autor realiza un estudio de la evolución en las fuentes internacionales convencionales de las que es parte Italia y pone el acento sobre la convención franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, sobre el estado de las personas y de las familias y cooperación judicial, cuyo art. 13 prevé que los actos de comprobación de la disolución del vínculo matrimonial, es decir los actos de repudio homologados por un juez marroquí, relativos a cónyuges marroquíes o a marido marroquí y mujer francesa, surten efectos en Francia en las mismas condiciones que un juicio de divorcio celebrado en el extranjero. MENGOSZI afirma que est artículo «é stato inequivocabilmente interpretato come segno di una non ul-

Repetimos que la declaración de la tutela del orden público como principio supremo del ordenamiento constitucional italiano no se ha hecho con la fundamentación debida. Esta actitud escasamente rigurosa y criticable ha sido ligeramente corregida en la sentencia 203/1989; resolución en la que la Corte ha ofrecido una explicación más completa de qué artículos constitucionales ha deducido el principio supremo de laicidad del Estado, vinculando éste a los valores que se asumen en dichos preceptos <sup>42</sup>:

«Pertanto la Corte non può esimersi dall'estendere la verifica di costituzionalità alla normativa denunziata, essendo indubbiata di contrasto con uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, dati i parametri invocati, artt. 2, 3 e 19. In particolare, nella materia vessata gli artt. 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione.» (considerando 3°).

Y la Corte, «motu proprio», ha venido a citar otros preceptos constitucionales en los que se puede fundar el principio de laicidad:

«I valori richiamati concorrono con altri (artt. 7, 8 e 20 Costituzione) a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quele emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Costitu-

teriore possibilità di intervento in Francia dell'istituto dell'ordine pubblico ad escludere l'efficacia di un provvedimento marrochino di ripudio in ragione della insussistenza nell'ordinamento francese di equivalenti cause di scioglimento di matrimonio», *Relazione* en «Delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e ordine pubblico», Padua 1989, p. 54.

42. Cfr. comentario de la sentencia 203/1989 por A. SACCOMANNO, en «Giurisprudenza costituzionale» 1989 pp. 903 ss.; L. MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa* en «Giurisprudenza costituzionale» 1989, pp. 908 ss.; G. G. FLORIDIA-S. SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1989, pp. 1086 ss.



zione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale» (considerando 4°).

Pero como ha quedado señalado, esta resolución ha de ser bienvenida ya que constituye una prueba del propósito de la Corte de enderezar su jurisprudencia escasamente rigurosa sobre los principios supremos. No queremos dejar de mostrar tal insuficiencia, hoy parcialmente superada pero largamente mantenida en el tiempo precedente.

Así, por ejemplo, se advierte en resoluciones anteriores en las que la determinación de principios supremos se hace en términos implícitos. En la sentencia 30/1971, que declaró los «principios supremos del ordenamiento constitucional» italiano parámetro de constitucionalidad de los Pactos de Letrán una vez integrados en el Derecho interno —primera sentencia sobre la legitimidad constitucional de las normas concordatarias, con excepción de la 52/1962, que no admitió la cuestión de inconstitucionalidad—, la Corte excluye la ilegitimidad del art. 34, 4-5-6 del Concordato (rectius: de la ley 810/1929 que lo integró en el ordenamiento interno italiano) por violación de la unidad de la jurisdicción estatal, en la medida en que los tribunales eclesiásticos no son órganos especiales de la jurisdicción estatal (cfr. considerando 3°). Si la Corte ha juzgado necesaria tal explicación sobre la naturaleza de los tribunales eclesiásticos, significa que el art. 102 de la Constitución expresa un principio supremo del ordenamiento constitucional, único parámetro para el juicio de constitucionalidad de las normas concordatarias; queda claro que todo ello está implícito<sup>43</sup>.

En idénticos términos implícitos ha sido impostada la sentencia 195/1972:

43. Art. 102: «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia».

«Nella specie, dunque, si tratta di accertare se nell'art. 38 del Concordato si ravvisino quelle violazioni degli artt. 33, 19 e 3 della Costituzione che sono state denunciate». (considerando 5°).

Pues bien, nada encontramos en el texto de la resolución que trate de mostrar que de los artículos citados de la Constitución se puedan inferir principios supremos: del art. 33, la libertad de la escuela y de los docentes (cfr. considerando 6°) del art. 19, la libertad religiosa (cfr. considerando 7°); del art. 3, el principio de igualdad (cfr. considerando 8°)<sup>44</sup>. Por lo que habrá que concluir que el carácter de principios supremos se da por aceptado implícitamente, puesto que de otro modo no se comprende el planteamiento de la sentencia consistente en medir la constitucionalidad de las normas concordatarias en cuestión —art. 38 Concordato lateranense— en relación a aquellos artículos constitucionales citados.

El planteamiento que acabamos de criticar conoció un cambio notable en la sentencia 175/1973, probablemente la más rigurosa sobre el tratamiento de los problemas de inconstitucionalidad de las normas concordatarias, antes de la más reciente 203/1989 (lo que no impide que en el resto, desde el punto de vista de la justicia material, el fallo de la Corte sea en algunas ocasiones acertado). He aquí el razonamiento expuesto por aquella sentencia 175/1973:

«Questione di fondo (...) è se la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale (...) sia compatibile con la sovranità dello Stato italiano; e se l'art. 7 Cost., dichiarando che i rapporti fra Stato e Chiesa sono regolati dai Patti lateranensi, consenta un sindacato di legittimità costituzionale sulle singole norme di esecuzione del Concordato dell'11 de febbraio 1929. La Corte deve richiamare la propria sentenza 24 febbraio 1971, n. 30, la quale, pur affermando che l'art. 7 Cost. ha dato rilevanza costituzionale ai Patti lateranensi, ha peraltro soggiunto che l'art. 7 «non può avere

44. Cfr. F. SEVERO SEVERI, *Ancora sul controllo di costituzionalità delle norme concordatarie* en «Il Diritto ecclesiastico» 1972, pp. 119-120.



forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato. Si tratta dunque di vedere se la riserva della giurisdizione costituisca: «principio supremo» che nemmeno una legge avente copertura costituzionale potrebbe superare». (considerando 2º)<sup>45</sup>.

Esta es la secuencia lógica de un juicio de legitimidad constitucional basado sobre un parámetro como el de los principios supremos: si el problema es la compatibilidad entre la jurisdicción eclesiástica y la eficacia civil de sus actos con la exclusiva jurisdicción estatal, habrá que examinar si tal exclusividad constituye un principio supremo, porque de lo contrario no hay posible inconstitucionalidad que valga. El principio supremo es determinable por la Corte constitucional, sobre los preceptos constitucionales invocados por los jueces que han elevado la cuestión de inconstitucionalidad, tal y como explícitamente pone de manifiesto la sentencia 18/1982:

«Il sindacato di legittimità costituzionale, che in tal caso(...) resta limitato e circoscritto al solo accertamento della loro conformità o meno ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»; accertamento, cui la Corte procede mantenendosi sempre nell'ambito della questione così come le è stata deferita e in riferimento a principi che siano desumibili dai parametri costituzionali indicati dal giudice «a quo» (considerando 4º).

La necesidad de determinar cuáles son tales principios supremos en el juicio de constitucionalidad es aún más clara una vez afir-

45. En contra de la solución material dada por esta sentencia, F. FINOCCHIARO: cfr. *Matrimonio concordatario, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale* en «Il Diritto ecclesiastico» 1974, p. 64; L. M. DE BERNARDIS afirma que toda duda sobre la legitimidad constitucional de la ley Fortuna-Baslini hubiera desaparecido con el establecimiento de la exclusividad de la jurisdicción estatal en materia matrimonial, cfr. *Sulle erronee premesse giuridiche di una rischiosa operazione politica* en «Il Diritto ecclesiastico» 1974, p. 104.

mada esta función como competencia de la Corte constitucional, lo que ha venido a confirmar algunas tesis doctrinales ya expuestas.

Pero insistiendo en la crítica, la Corte constitucional ha adoptado esa actitud apodíctica, mencionada en este desconcertante recorrido jurisprudencial, también cuando ha querido hacer una negación de conjunto de la antinomia entre normas concordatarias y los principios supremos. En la sentencia 31/1971, el alto tribunal, tras excluir el contraste con el principio de igualdad, afirma sin ninguna suerte de consideración ulterior:

«Ne si vede come la celebrazione del matrimonio fra affini di primo grado, che il codice di diritto canonico consente, previa dispensa, possa ledere i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dei quali si è fatta parola» (considerando único).

Abierta es también esta inaceptable forma de razonar en la sentencia 12/1972, donde después de excluir también la violación del principio de igualdad, la Corte dice sin más y con un alcance general que produce perplejidad:

«ma è chiaro che in nessun modo questi (i principi supremi) possono ritenersi compromessi dalla diversità di disciplina dell'esercizio della facoltà di questua» (considerando 5º).

Resulta absolutamente infundada una afirmación como ésta que descarta, sin ofrecer motivación alguna, cualquier contradicción entre las normas concordatarias y los principios supremos del ordenamiento constitucional<sup>46</sup>.

46. Cfr. A. CERRI, *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela del diritto alla riservatezza* en «Giurisprudenza costituzionale» 1972; S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una libertà atipica?* en «Giurisprudenza costituzionale» 1972 p. 68; en el mismo sentido, pero esta vez sobre la sentencia 50/1975, recaída sobre idéntica cuestión, cfr. A. DE MEO, *Disciplina delle raccolte di fondi e principi costituzionali* en «Il Diritto ecclesiastico» 1975, pp. 305-308.



## VII. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Nos hemos referido en dos ocasiones al principio de igualdad. Indudablemente el tratamiento que del mismo ha hecho la Corte constitucional italiana, en el más amplio problema de los principios supremos, merece detenida y particular atención.

Las contradicciones que caracterizan a dicho tratamiento —y las dudas que suscita— revelan la incertidumbre y la ambigüedad de la Corte en materia concordataria, una vez establecido que las normas concordatarias son susceptibles de juicio de constitucionalidad en relación únicamente a los principios supremos del ordenamiento constitucional<sup>47</sup>.

En la sentencia 31/1971 se hacen las siguientes consideraciones sobre el principio de igualdad y el control de constitucionalidad de las normas concordatarias:

«E'parimenti esatto, come sostiene l'Avvocatura dello Stato, che il matrimonio canonico è riconosciuto dall'art. 7 della Costituzione; ma questa Corte, con sentenza in pari data n. 30, ha giudicato che la predetta norma non preclude il controllo di costituzionalità delle leggi che immisero nell'ordinamento interno le clausole dei Patti lateranensi, potendone valutare la conformità o meno ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. La normativa concernente il matrimonio concordatario ha una sua giustificazione nell'ambito del disposto del menzionato art. 7; per cui la semplice differenza di regime riscontrabile fra matrimonio civile e matrimonio concordatario, che non importi violazione degli altri precetti costituzionali nel senso predetto, non integra di per sè una illegittima disparità di trattamento» (considerando único).

47. Sobre la postura de la Corte en torno al principio de igualdad en materia matrimonial concordataria, cfr. P. BELLINI, *Matrimonio concordatario e principio di uguaglianza* en «Rivista di Diritto civile» 1982, pp. 793 ss. (también en *Il Diritto ecclesiastico* 1982, pp. 360 ss.). Sobre el principio de igualdad y su tratamiento en materia eclesiástica por el Tribunal Constitucional español, destacamos el estudio de M. MORENO ANTÓN, *El principio de igualdad en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, Salamanca 1989, centrado en la sentencia 12/1982 del Tribunal Constitucional, especialmente las pp. 55 ss.

De este importantísimo pero enigmático pronunciamiento se pueden hacer varias interpretaciones posibles:

a) que la diferencia de régimen jurídico entre matrimonio civil y matrimonio concordatario no constituye violación del principio de igualdad consagrado por el art. 3 de la Constitución, implícitamente considerado principio supremo;

b) que hay violación del principio supremo de igualdad (también implícitamente declarado principio supremo) por tal diversidad de regímenes jurídicos matrimoniales, pero que está autorizado por el art. 7 de la Constitución (por lo tanto, implícita declaración del art. 7 como principio supremo, ya que sólo de este modo puede hacer excepción a otro principio supremo);

c) que el principio de igualdad no es supremo y por lo tanto «derogable» por normas que gozan de la «cobertura» dispensada por otro precepto constitucional como el art. 7 de la Constitución.

Las tres soluciones encuentran elementos de apoyo en la jurisprudencia sobremanera ambigua del alto tribunal.

La sentencia 32/1971 (las sentencias 30 - 31 - 32/1971, son de la misma fecha, el 24 de febrero) parece confirmar la segunda de las interpretaciones:

«non è dubitabile che l'art. 34 del Concordato (...) abbia introdotto una differenziazione di trattamento giuridico per motivi di religione (...). Tuttavia tale discriminazione non configura una violazione del principio di eguaglianza di cui al primo comma dell'art. 3 perchè la discriminazione stessa risulta, nei sensi indicati con la sentenza di pari data n. 30, espressamente consentita da altra norma costituzionale, e cioè dall'art. 7, secondo comma, che, per la disciplina dei rapporti fra Stato e Chiesa, rinvia ai Patti lateranensi dei quali il Concordato è parte integrante». (considerando 3º).

A esta última sentencia se refiere en el mismo sentido la 16/1982:

«E nel riconoscere che l'art. 34 del Concordato e la legge matrimoniale di attuazione, impegnando lo Stato a conferire



effetti civile ai matrimoni disciplinati dal diritto canonico, hanno introdotto «una differenziazione di trattamento giuridico per motivi di religione», nel che si concretarebbe una «eccezione al principio di eguaglianza», la Corte ha tuttavia ritenuto che tale discriminazione non configuri una violazione del principio medesimo perché «espressamente consentita da altra norma costituzionale, e cioè dall'art. 7 comma 2º» (considerando 7º).

Sin embargo, no compartimos esta interpretación; y no porque sea considerada implícitamente principio supremo la disciplina pacticia de las relaciones entre Iglesia y Estado (art. 7 de la Constitución), sino porque es óbice al enjuiciamiento de constitucionalidad de las normas concordatarias tal y como ha sido configurado por la Corte constitucional<sup>48</sup>. Efectivamente, si el control de constitucionalidad de las normas concordatarias es reducido a su contraste con los llamados «principios supremos» por razón de la cobertura dispensada a aquellas por el art. 7 de la Constitución, resulta incoherente excluir tal contraste sobre la base del mismo artículo; una interpretación como ésta hace impracticable el control de constitucionalidad de las normas concordatarias<sup>49</sup>. Y lo impide no sólo en relación al principio de igualdad sino respecto a cualquier principio supremo.

48. F. FINOCCHIARO ha escrito que «é forse possibile pensare che, in generale, i rapporti fondamentali fra lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica attengano, in qualche misura, alla materia costituzionale, a prescindere della previsione del vigente art. 7 Cost., ma con riferimento ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», alla costituzione in senso materiale, quale é testimoniata dalla storia dell'Italia unita»: *Diritto ecclesiastico*, p. 101; el autor subraya la importancia de las relaciones entre Iglesia y Estado en los periodos liberal y fascista, anteriores al republicano de 1948: cfr. ibidem p. 101. Aunque con fines muy distintos, resalta también la importancia constitucional de la materia en cuestión F. MARGIOTTA BROGLIO, cfr. *La rilevanza costituzionale dei Patti lateranensi tra ordinamento giuridico fascista e Carta repubblicana* en «*Rivista trimestrale di diritto pubblico*» 1983, pp. 1333 ss. Sobre esta posibilidad de las relaciones Iglesia-Estado como «principio supremo del ordenamiento constitucional», pero sin esta base histórico-cultural, cfr. G. SARACENI, *Primi contatti diretti dalla Corte costituzionale con l'art. 7 Cost.: sentenze nn. 30-31-32 del 1971* en «*Il Diritto ecclesiastico*» 1971, p. 225. Parecida tesis, basada en consideraciones históricas de amplio sentido, sostuvo A. GARCÍA-VALDECASAS Y GARCÍA-VALDECASAS en materia de personalidad jurídica de la Iglesia Católica en el Derecho español, en el volumen *El Concordato de 1953*, Madrid 1956, cfr. *La personalidad civil de la Iglesia y la naturaleza jurídica del Concordato*, pp. 141-164.

49. La contradicción ha sido señalada por M. PETRONCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale* en «*Il Diritto ecclesiastico*» 1971, pp. 197-198; R. BACCARI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, en op. cit. pp. 275 ss.;

En cuanto a la no consideración del principio de igualdad como principio supremo, parece que esta interpretación es la acogida en la sentencia 12/1972<sup>50</sup>:

«(...) è da rilevare come il divieto di trattamento differenziato in ragione della religione praticata, qual'è sancito dal primo comma dell'art. 3, non può trovare nella specie applicazione, data la presenza dell'altra norma costituzionale, consacrata nell'art. 7, di accoglimento del principio concordatario, nei termini risultanti dai «Patti lateranensi». Infatti questi, nell'último comma dell'art. 2 del Concordato, hanno sottratto ad ogni ingerenza delle autorità civile le collette disposte da quelle ecclesiastiche all'interno o all'ingresso delle chiese o negli edifici di proprietà di enti religiosi. Con le sentenze n. 31 e n. 32 dell'anno 1971 la Corte nell'ammettere la derogabilità del principio di eguaglianza in quanto venga richiesta dagli impegni concordatari, ha tuttavia statuito che essa trova un limite inderogabile nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento; (...)» (considerando 3º).

Como ya podía apreciarse en la sentencia 31/1971:

«per cui la semplice differenza di regime riscontrabile fra matrimonio civile e matrimonio concordatario, che non importi violazione degli altri precetti costituzionali nel senso predetto (principi supremi), non integra di per sé una illegittima disparità di trattamento» (considerando único).

Parece que el principio de igualdad y los principios supremos constituyen dos problemas o asuntos distintos, que se sitúan en dos

A. VITALE, *Patti lateranensi e Costituzione*, en op. cit. pp. 168-169; A. C. JEMOLO, *Primo confronto della Costituzione col Concordato davanti alla Corte costituzionale*, en op. cit. p. 49; S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una libertà atípica?* en op. cit. p. 68; F. FINOCCHIARO, *Matrimonio concordatario, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1974, pp. 64-65; A. DE MEO, *Disciplina delle raccolte di fondi e principi costituzionale* en op. cit. p. 308; G. SARACENI, *La Corte costituzionale ha parlato*, en «Rivista di diritto civile» 1982, p. 815 etc.

50. En este sentido, S. GRASSI, cfr. ult. op. cit. p. 69.



grados normativos jerárquicos distintos: el primero parece permanecer en el nivel de todo precepto constitucional, por lo que resulta posible la excepción al mismo en virtud de otra norma constitucional, por ejemplo el art. 7 (siempre en orden a una interpretación que trate de conciliar normas eventualmente contrarias)<sup>51</sup>.

Idéntica interpretación sería la expuesta en la sentencia 175/1973, después de rechazarse, de forma motivada, la absoluta exclusividad de la jurisdicción estatal:

«Riconosciuta la compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale di una deroga alla giurisdizione che sia razionalmente e politicamente giustificabile, tale deroga trova appunto giustificazione nel complesso sistema riconoscendo effetti civili al matrimonio così come disciplinato dal diritto canonico, non irrazionalmente devolve ai tribunali ecclesiastici la cognizione. Può aggiungerci che l'intervento del giudice italiano in certa misura si realizza, sia pure con cognizione limitata, nello speciale procedimento di deliberazione affidato alla Corte d'appello, con le relative garanzie». (considerando 3º).

Por lo que concierne al principio de igualdad, no se trata solamente de la ambigüedad; debe tenerse presente el alcance del principio en cuestión, por lo que son muchas las dudas que surgen ante la posibilidad de no considerarlo principio supremo del ordenamiento constitucional italiano a la luz del art. 3 de la Constitución<sup>52</sup>.

51. La calificación del principio de igualdad como supremo es la interpretación que puede inferirse de esta sentencia sumamente ambigua, cfr. M. PETRONCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale*, en op. cit. p. 195; C. LAVAGNA, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, en op. cit. p. 630.

52. Art. 3: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Sobre las dudas expresadas, cfr. por todos, G. DALLA TORRE, *Principi supremi e ordine pubblico...* en op. cit. p. 403; sobre la concepción más exigente de este principio, en detrimento de todos los demás, cfr. P. BELLINI, *Matrimonio concordatario e principio di eguaglianza* en «Rivista di Diritto civile» 1982, pp. 793 ss.; N. COLAIANNI ha encontrado una declaración explícita de la Corte —aunque en un contexto muy distinto: en una sentencia sobre la amnistía— en la que el alto tribunal se ha referido expresamente al «supremo principio

Por ello, hemos de referirnos a la interpretación ya mencionada que, además de considerar supremo e inderogable el principio de igualdad, estima constitucionalmente legítima la diferencia de régimen jurídico de matrimonio civil y matrimonio concordatario.

No estamos ante una violación del principio de igualdad consentida por otra norma constitucional, sino ante una diversidad legítima que no debe ser entendida como discriminación, sino como expresión del ejercicio de la libertad religiosa<sup>53</sup>.

di uguaglianza» (sentenza 175/1971), cfr. *Un Concordato senza glosse: la rimozione di un problema* en op. cit. p. 309.

53. La facultad de elección del matrimonio religioso debe ser considerada como integrativa de la libertad religiosa: cfr. R. BACCARI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico* en op. cit. pp. 275 ss. P. CIPROTTI sostiene que el criterio de interpretación debe ser aquél que favorezca las normas que garanticen una mayor libertad matrimonial, que son las concordatarias: cfr. *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 Concordato* en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, p. 261. La libertad religiosa exige el derecho a obtener el «status» matrimonial a través de la celebración del matrimonio religioso, pero no se limita a tal cosa sino que el «status» matrimonial religiosamente entendido tiene también exigencias respecto al Estado: cfr. A. VITALE, *Giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano* en op. cit. p. 120 y O. FUMAGALLI CARULLI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e limiti alla loro efficacia civile* en op. cit. pp. 239-244. Sin embargo, la Corte constitucional no ha llegado a esta valoración siguiendo la directriz del derecho de libertad religiosa: cfr. C. CARDIA, *La riforma del matrimonio concordatario dopo le sentenze nm. 16 e 18 del 1982* en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, pp. 391-392. La libertad de elección del matrimonio (civil o religioso) en sentido substantivo —no meramente formal— no constituye en sí misma discriminación por motivo de religión: cfr. L. SPINELLI, *Riflessioni sulla sentenza n. 31 del 1971 della Corte costituzionale in materia matrimoniale concordataria* en «Il Diritto ecclesiastico» 1971 p. 240. Efectivamente, la posibilidad de contraer matrimonio canónico esta abierta a todos, es decir a todos aquellos que sean jurídicamente hábiles según el Derecho canónico; pero conviene decir que esa elección del matrimonio (civil o religioso) depende de una decisión religiosa precedente, absolutamente libre. Por ello no se ve por qué el reconocimiento civil del matrimonio canónico y de sus «lógicos corolarios» pueda constituir ilegítima discriminación. S. LENER ha sostenido que dicha discriminación existe precisamente para los obligados al matrimonio canónico en el plano canónico-religioso, ya que no disfrutaban de la libertad —en este plano claro es— de elección del rito matrimonial: cfr. *In merito alle recenti sentenze della Corte costituzionale sul matrimonio concordatario* en «La Civiltà Cattolica» 1982, p. 335. En todo caso, la posibilidad de substraerse a la aplicación absoluta del principio de igualdad (cuya formulación constitucional es menos universal que la del derecho de libertad religiosa, según algunos autores como G. SPERDUTI *Matrimonio e concordato* en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico» 1977, p. 5; y G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Turín 1988, p. 56) necesita de una causa racional y razonable que justifique la discriminación, de acuerdo con la doctrina de la Corte constitucional: lo que significa que se pueden alcanzar los mismos resultados auspiciados sobre la base del derecho de libertad religiosa, haciendo consistir la justificación de la discriminación o trato jurídico diferenciado precisamente en el ejercicio de un derecho fundamental como lo es la libertad religiosa: cfr. R. SARDARELLI *Giurisprudenza ecclesiastica in materia matrimoniale e principio costituzionale di precostituzione del giudice* en «Il



Esta interpretación no se sostiene sobre bases formales que miran a las fuentes normativas y las relaciones entre ordenamientos; sino que se apoya sobre argumentos sustanciales (igualdad, libertad religiosa). Por otra parte esta interpretación evita obstáculos que se dan en las otras ya expuestas y se presenta como la más fundada.

Si nos detenemos de nuevo en la sentencia 31/1971, podemos comprobar que sólo puede ser correctamente entendida en su conjunto en el sentido que aquí defendemos. Después de exponer la limitación del juicio de legitimidad de las normas concordatarias —que deben ser conformes únicamente con los principios supremos— y la cobertura constitucional ex art. 7 de esas normas, la Corte añade:

«per cui semplice differenza di regime riscontrabile fra matrimonio civile e matrimonio concordatario, che non importi violazione degli altri precetti costituzionali nel senso predetto, non integra di per sè una illegittima disparità di trattamento». (considerando único).

Aquí la locución «per cui» no tiene un significado semántico de introducción de una consecuencia necesaria de todo lo dicho an-

Diritto ecclesiastico» 1977, p. 296; G. AMATO, *La Corte, le questue e il dissenso* en «Giurisprudenza costituzionale» 1975 p. 554. En cuanto al matrimonio concordatario en el Derecho español, cfr. por todos, J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Pamplona 1986, quien señala que «el Tribunal Constitucional, aunque en la mayor parte de sus sentencias ha resuelto conflictos relacionados con la aplicación del principio de igualdad, todavía no ha abordado «in recto» su interpretación en materia matrimonial», p. 145, lo que es absolutamente cierto, a pesar de que existe un número considerable de resoluciones sobre efectos civiles del matrimonio canónico y de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y resoluciones pontificias de matrimonio rato y no consumado. El A. sostiene que la eficacia civil del matrimonio canónico no viola en modo alguno el principio de igualdad, que no puede ser interpretado como uniformidad legal, cfr. op. cit. pp. 144 ss. En la doctrina española —entre ellos, el A. citado— ha sido R. NAVARRO VALLS quien —apoyándose en la italiana— mejor ha insistido en que la razón última del reconocimiento civil del matrimonio canónico es el derecho de libertad religiosa, reconocido por el art. 16 de la Constitución, ejercitado en este caso en materia matrimonial —cfr. art. 2, 1, b de la Ley Orgánica de Libertad religiosa 7/1980, de 5 de julio—: cfr. *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español* en «Ius Canonicum» 1979, pp. 122 ss.; *La posición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981* en «Revista de Derecho privado» 1982, pp. 684 ss. Recordemos cuáles son las resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia: sentencias 1/1981, 66/1982, 93/1983, 65/1985, 265/1988 y autos 482/1983, 617/1984 y 789/1987.

teriormente, sino que encierra un valor de nexo de unión con lo expuesto previamente; pero no únicamente la oración inmediatamente precedente («La normativa concerniente il matrimonio concordatario ha una giustificazione nell'ambito del disposto del menzionato art. 7; per cui (...)»). Por lo tanto se da una explicación general para todo el problema, tal y como ha sido planteado por el alto tribunal. El hecho de que se diga que la diferencia no constituye «per se» una violación del principio de igualdad ofrece otro argumento a favor de esta interpretación.

No obstante es menester recordar, que este punto de vista cuya coherencia y cuyo rigor lógico hemos destacado, no es el único desde el que se puede interpretar la sentencia en cuestión, como ya ha quedado suficientemente advertido; y es más, como también se ha manifestado, otras resoluciones de la Corte parecen abonar las interpretaciones descartadas aquí.

Sin embargo, la Corte constitucional también ha acogido ocasionalmente la interpretación que nosotros consideramos acertada y más conforme al espíritu constitucional. En materia de libertad de enseñanza, la sentencia 195/1972 ha concluido:

«che l'art. 38 del Concordato, inquanto non costituisce un privilegio dell'Università Cattolica ma è specificazione di un principio immanente alla libertà della scuola ed alla libertà religiosa —e tale da valere per qualsiasi scuola e per qualsiasi religione o ideologia— non risulta contrastante con alcuna delle norme costituzionali invocate a raffronto» (considerando 8º)<sup>54</sup>.

## VIII. NORMAS CONCORDATARIAS Y DOCTRINA DE LAS FUENTES ATÍPICAS

El control de constitucionalidad de las fuentes concordatarias de los Pactos de Letrán, integradas en el ordenamiento italiano, de

54. Cfr. F. SEVERO SEVERI, *L'Università Cattolica del Sacro Cuore davanti ai giudici* en «Il Diritto ecclesiastico» 1978, pp. 164 ss.; S. LENER, *Giusta fine del caso Cordero* en «La Civiltà Cattolica» 1973, pp. 268 ss.



acuerdo con el parámetro de los «principios supremos del ordenamiento constitucional» vino a conferir definitivamente a aquellas normas algo que el art. 7 de la Constitución ya había esbozado: su carácter de fuentes atípicas<sup>55</sup>.

Efectivamente, las normas concordatarias no pueden ser equiparadas a las leyes ordinarias en cuanto que su constitucionalidad —la de aquéllas— sólo puede ser medida con el parámetro de los «principios supremos». Esta elevación respecto de las leyes ordinarias para alcanzar a las constitucionales es aún más clara a partir de la sentencia 1146/1988 que, como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, estima que esta medida de constitucionalidad consistente en los «principios supremos» es aplicable a todas las normas constitucionales en general (cfr. considerando 2º, 1).

Pero permanece lo dispuesto en el art. 7, 2º párrafo de la Constitución: la no necesidad de revisión constitucional para la modificación de los Pactos de Letrán, cuando ésta sea aceptada por ambas partes contratantes. Y esto es lo que sucedió con el Acuerdo de Villa Madama de modificación del Concordato lateranense de 1929, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984, que, de conformidad con el Derecho italiano sobre ratificación y ejecución de tratados internacionales, fue integrado en el ordenamiento interno por ley 121/1985, de 25 de marzo. Luego el precepto constitucional autoriza la modificación de las normas concordatarias por ley ordinaria (previamente pactada), lo que equipara el rango de aquéllas al de ésta.

55. Se destacan en la elaboración de la doctrina de las fuentes atípicas, A. LA PERGO-  
LA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milán 1961; E.  
SPAGNA MUSSO, *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Nápoles 1966; A. RUGGERI, *Gerarchia,  
competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti*, Milán 1977; así como V. CRISAFU-  
LLI, con varios artículos cuyas conclusiones sobre esta cuestión pueden encontrarse en sus  
*Lezioni di diritto costituzionale*, vol. 2, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padua 1984 (5ª edi-  
ción) pp. 206 y ss. SPAGNA MUSSO dedicó además un artículo a la doctrina de las fuentes  
atípicas y las fuentes del Derecho eclesiástico: *Sulla esistenza di fonti atipiche a livello costitu-  
zionale in tema di diritto ecclesiastico* en «Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro», Mi-  
lán 1968. En España, esta interesantísima doctrina ha tenido muy corta recepción, sólo en-  
tre juristas formados en el Real Colegio de España en Bolonia, como M. GITRAMA  
GONZÁLEZ, *El Concordato como fuente en el Derecho Civil*, en «Revista general de Derecho»  
1978 y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del  
Derecho*, Bolonia 1976, además de otros artículos.

He aquí por lo tanto la posición «intermedia» de las normas concordatarias en Italia, lo que corresponde exactamente con uno de los rasgos distintivos de las fuentes atípicas (fuentes intermedias)<sup>56</sup>.

La Corte constitucional ha afirmado la fuerza pasiva de las normas concordatarias como leyes ordinarias en la sentencia 16/1978:

«(...) non si vuol certo sostenere che i Patti lateranensi siano stati costituzionalizzati ad ogni possibile effetto, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 7 Cost. Al contrario, dal capoverso dello stesso art. 7 risulta testualmente che «le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale» (ma sono apportabili, dunque nelle forme della legislazione ordinaria)». (considerando 4º).

En la misma resolución la Corte aceptó una constitucionalización parcial de las fuentes concordatarias que disfrutan de la protección del art. 7. Esta constitucionalización se deduce de la sustracción de tales normas al referendun abrogativo del art. 75 de la Constitución<sup>57</sup>; en esta sentencia el alto tribunal realizó una interpretación general del instituto del referendun disciplinado por el art. 75 y declaró:

56. C. MIRABELLI y C. MEZZANOTTE hablan de especial y anómala situación de las normas concordatarias en el sistema de fuentes: cfr. respectivamente, *Un momento di inerzia nella giurisprudenza della Corte sulla giurisdizione matrimoniale ecclesiastica* en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, p. 929 y *Irrilevanza e infondatezza per ragioni formali* en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, p. 239. Por su parte F. FINOCCHIARO habla de constitucionalización no absoluta (solución media entre el problema de las antinomias entre normas constitucionales y concordatarias), tras los pronunciamientos de la Corte constitucional: cfr. *Ancora in tema di competenza della Corte costituzionale, di «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» e di ordine pubblico italiano in rapporto alla giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio concordatario*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, p. 438. Afirman que las normas concordatarias son fuentes atípicas, R. BOTTA, *La sentenza n. 169 della Corte costituzionale e la recente giurisprudenza costituzionale in materia concordataria*, en «Iustitia» 1971, p. 353; G. CAPUTO, *Sul caso Cordero*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1972, p. 2859; S. BARTOLE, *Conforme e novità nella giurisprudenza costituzionale in materia de referendum* en «Giurisprudenza costituzionale» 1978, p. 172; I. VECCHIO CAIRONE, *Concordato e referendum abrogativo* en «Il Diritto ecclesiastico» 1978, p. 80.

57. Art. 75 Constitución: «E indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione totale o parziale di una legge o di un alto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non é ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione e ratificare trattati internazionali (...)».



«sono inammissibili le richieste che non riguardino atti legislativi dello Stato aventi la forza delle leggi ordinarie, ma tendano ad abrogare —del tutto od in parte— la Costituzione, le leggi di revisione costituzionale, le «altre leggi costituzionali» considerate dall'art. 138 Cost., come pure gli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare (e dunque insuscettibili di essere validamente abrogati da leggi ordinarie successive). (...) vanno del pari preclusi i referendum aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionale vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato de efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)». (considerando 3°),

entre otros casos de inadmisibilidad de la petición de dicho referendum (entre los que se encuentra la relativa al art. 1° de la ley 810/1929, de ejecución de los Pactos de Letrán, como todas las leyes de ejecución de tratados internacionales que se confunden en la práctica parlamentaria con las leyes de autorización de su ratificación, expresamente previstas por el art. 75: cfr. considerando 4°).

Desde este punto de vista de la exclusión del referendum abrogativo, la Corte insistió en que no significa una constitucionalización absoluta:

«Con ciò non si vuol certo sostenere che i Patti lateranensi siano stati costituzionalizzati ad ogni possibile effetto, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 7 Cost.» (considerando 4°).

No debe dejarse de mencionar otra interpretación hecha por la doctrina, en virtud de la cual también desde el punto de vista de su fuerza pasiva o de resistencia a normas posteriores, las normas concordatarias protegidas por el art. 7 de la Constitución resultaban virtualmente constitucionalizadas; puesto que «a sensu contrario» de lo dispuesto en el párrafo 2° del precepto citado, únicamente pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado mediante una revisión constitucional del art. 7 mismo, párrafo 1°, que es donde se establece que las relaciones entre Iglesia y Estado son reguladas por los Pactos

de Letrán<sup>58</sup>. Esta interpretación fue mencionada como posible por la Corte constitucional en la sentencia 16/1978 (cfr. considerando 4º), pero no es a la que se adhiere la Corte, como ya se ha visto.

Volviendo de nuevo a la fuerza activa o capacidad de innovación del ordenamiento jurídico, insistamos sobre su constitucionalización a estos efectos, indudable en la jurisprudencia constitucional desde la sentencia 1146/1988 y sostenida desde largo tiempo por gran parte de la doctrina<sup>59</sup>.

Habida cuenta de todos los pronunciamientos de la Corte constitucional en materia concordataria parece claro que la situación de las normas concordatarias en el sistema de fuentes venía a ser la propia de las fuentes atípicas; a saber, sus fuerzas activa y pasiva correspondían a normas de diverso rango. Lo que resulta especialmente significativo si tenemos en cuenta que la Corte constitucional ha hecho implícitamente suya la doctrina de las fuentes atípicas, al aceptar la distinción entre fuerzas activa y pasiva como medio para determinar la jerarquía de las normas en la sentencia 16/1978.

## IX. CONCLUSIÓN: «PRINCIPIOS SUPREMOS» Y ORIENTACIÓN POLÍTICA

La introducción de los «principios supremos del ordenamiento constitucional» como doctrina de la jurisprudencia constitucional ha estado acompañada —además de las dificultades consustanciales a la noción misma— de valoraciones políticas no declaradas, que han hecho absolutamente imprevisibles las consecuencias de tal instrumento en manos del juez constitucional<sup>60</sup>.

58. Por todos, cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, en op. cit., p. 412.

59. Por todos y a partir de las sentencias 30, 31, 32 de 1971, cfr. M. PETRONCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale* en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, p. 185.

60. Desde la sentencia de 1971 ha sido resaltada la dependencia de orientaciones políticas: cfr. por todos, A. C. JEMOLO, *Primo confronto della Costituzione col concordato davanti alla Corte costituzionale* en op. cit., p. 302; el autor subraya la dependencia del Gobierno de las Cámaras parlamentarias y aún de la opinión pública: G. DALLA TORRE habla de «parámetro en blanco» para referirse a los principios supremos, tal y como han sido entendidos y manejados por la Corte constitucional: cfr. *Principi supremi e ordine pubblico...* en op. cit., p. 405. R. BACCARI puso el acento sobre los efectos imprevisibles en la suerte del



En el momento de la conclusión, cumple volver sobre la falta de rigor en el recurso a este parámetro de constitucionalidad de las normas concordatarias<sup>61</sup>; falta de rigor que llegó incluso a no distinguir entre las fuentes concordatarias propiamente dichas que gozan de la cobertura del art. 7 de la Constitución —integradas en el ordenamiento interno italiano mediante la ejecución por la ley 810/1929— y las leyes unilaterales de desarrollo de las normas del Concordato —como la ley 847/1929—, lo que hizo necesario un pronunciamiento de la Corte constitucional (cfr. sentencia 1/1977, considerando único). Sin embargo, y a modo de ejemplo extremo de la anarquía reinante en la jurisprudencia constitucional en esta materia, conviene recordar también que la Corte ha vuelto a la misma confusión en la sentencia 16/1982. Por no citar contradicciones de puro Derecho substantivo como las que se advierten, p. ej., entre la sentencia 1/1977, que declaró de forma global la constitucionalidad de la reserva de jurisdicción a favor de los órganos eclesiásticos establecida por el art. 34 del Concordato de 1929, y la 18/1982 que declaró ilegítima la ejecución a efectos civiles de la dispensa «super rato et non consummato» ex art. 34 Concordato<sup>62</sup>.

Concordato de 1929: cfr. *Copertura costituzionale e legislazione concordataria* en «Il Diritto ecclesiastico» 1977, p. 508. Lo que se ha confirmado en la influencia de la jurisprudencia constitucional en el texto final del Acuerdo de Villa Madama de 1984, patente en los artículos 7, 4, 8, 1, 1º párrafo b); 10, 3 como indica V. STARACE, que no obstante considera, en conjunto, que la influencia ha sido limitada: cfr. *Giurisprudenza costituzionale e modificazioni del Concordato* en «Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede», Milán 1987, pp. 101-103. Creemos que probablemente la influencia de jurisprudencia constitucional y negociación internacional en la revisión del Concordato de 1929 ha sido recíproca, lo que ha resultado en parte posible por la peculiarísima publicidad parlamentaria dada a la negociación. Sobre lo último, cfr. M. PIETRACAPRINA, *La «parlamentarizzazione» di un negoziato*, en «Parlamento» 1984, pp. 42 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il Concordato e Costituzione. Gli accordi del 1984 tra Italia e Santa Sede*, Bologna 1984, pp. 18 ss.

61. Cfr. por todos, P. GISMONDI, *I principi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sui matrimoni concordatari*, en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, p. 208.

62. Cfr. B. BALDISSEROTTO, *Infradiciottenni, ordine pubblico, matrimonio rato e non consumato* en «Il Diritto di famiglia e delle persone» 1982, p. 347; G. SARACENI, *La Corte costituzionale ha parlato en «Rivista di Diritto civile» 1982, p. 815; L. DE LUCA, Il matrimonio concordatario esiste ancora?*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1982, p. 439. Véase el estudio de las garantías en la dispensa «super rato et non consumato» en G. CASSANDRO, *Dispensa canonica del matrimonio non consumato e principi costituzionali* en «Il Diritto di famiglia e delle persone» 1982, pp. 743 ss. R. BACCARI destaca el problema de los católicos a quienes no les sea reconocida civilmente la disolución por no consumación de su matrimonio, cuya única solución es acudir al llamado «cese de efectos civiles» de la Ley Fortuna-Baslini de 1970, que es el divorcio del matrimonio canónico: cfr. *L'inefficacia civile della dispensa di matrimonio rato e non consumato* en «Il Diritto ecclesiastico» 1982, pp. 355-356.

La valoración política de los «principios supremos del ordenamiento constitucional italiano» en sede de Derecho eclesiástico ha sido sólo el medio para idéntico tipo de valoración de las normas concordatarias; y ésto las sometió a los cambios de voluntad y orientación de la Corte constitucional, con una posición incierta e insegura en el ordenamiento jurídico italiano<sup>63</sup>.

63. Cfr. L. SPINELLI, *Riflessioni sulla sentenza n. 31 del 1971 della Corte costituzionale in materia matrimoniale concordataria* en «Il Diritto ecclesiastico» 1971, p. 245; F. SEVERO SEVERI, *Ancora sul controllo di costituzionalità delle norme concordatarie* en «Il Diritto ecclesiastico» 1972, pp. 119-120; M. DELLA CASA, *La legittimità costituzionale della giurisdizione ecclesiastica e l'art. 8 della 'bozza' di revisione del Concordato presentata dalla Commissione Gonella-Casaroli* en «Il Diritto di famiglia e delle persone» 1987, pp. 13 y 23. C. MEZZANOTTE ha puesto de relieve la «tendencia siempre più marcata della logica rigorosa del precedente, che stá diventando il fatto forse più significativo della giurisprudenza degli ultimi anni», cfr. *Irrilevanza e infondatezza per regioni formali*, en «Giurisprudenza costituzionale» 1977, p. 234.